الجـــامعة الإســـلامية فـــي لبنـــان
كليـــــــــــة الحقـــــــــــوق

حق المرأة في طلب حل الرابطة الزوجية

دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون

في إطار قانون الأحوال الشخصية العراقي

رسالة أعدت لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

إعداد الطالب
حذيفة جاسم داود

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور محمد شقير	رئيسًا
الدكتور أكرم ياغي	عضوًا
الدكتور علي طالب	عضوًا

خلدة

٢٠١٤ - ٢٠١٥

إنَّ كليَّة الحقوق في الجامعة الإسلاميَّة في لبنان، غير مسؤولة عن الآراء الواردة في هذه الرسالة، وهي تُعبِّر عن رأي كاتبها فقط.

الآية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَـٰنِ الرَّحِيمِ

﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة: الآية ٢٣١

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾

صدق الله العظيم

إلهي لا يطيب الليل إلاَّ بشكرك. ولا يطيب النهار إلاَّ بطاعتك . . ولا تطيب اللحظات إلاَّ بذكرك. .

إلى مَنْ أحمل أسمه بكل افتخار. . إلى مَنْ حصد الأشواك عن دربي. . ليمهّد لي طريق العلم (والدي العزيز) .

إلى معنى الحب والتفاني. . إلى مَنْ كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى (أمي الغالية) .

إلى شمعة متَّقدة تنير ظلمة حياتي. . إلى من وجودها اكتسب قوَة ومحبة لا حدود لها . . إلى مَنْ آنسني في دراستي، وأنساني همومًا . . إلى

(زوجتي الحبيبة) .

إلى كل الأيادي التي ساندتني لكي أصل إلى ما أنا عليه . . (أخواني الأعزاء)

. . . أهدي ثمرة جهدي . . .

شكر وتقدير

أتقدَّم بالشكر والتقدير إلى أستاذي المشرف الفاضل الأستاذ الدكتور (محمد شقير) تقديرًا واعترافًا بفضله، وتعبيرًا عن كل معاني الامتنان والعرفان والاعتزاز، واعترف من باب الوفاء بالجميل، إنَّ أستاذي المشرف كان نِعم الأب والخيمة والدليل في دهاليز البحث المظلمة، إنَّه كان وما زال نور دربي الذي لم يتخلَّف يومًا عن الأخذ بيدي وهدايتي إلى الطريق السليم وتجنيبي أو تحذيري من العثرات والهفوات.

كما يسرني أن أتقدَّم بجزيل الشكر والعرفان إلى الدكتور أكرم ياغي والدكتور علي طالب لموافقتهما قراءة الرسالة والمشاركة في المناقشة، من خلال ما سيقدِّمان من ملاحظات تهدف إلى رفع مستوى الرسالة، فجزاهم الله عني خير الجزاء.

كما أنّ واجب العرفان، يلزمني أن أتقدَّم بوافر الامتنان لمن كانوا عونًا لي في إكمال هذه الرسالة، وفي مقدمتهم الدكتور عادل ناصر والدكتور سامي عبيد.

وأخيرًا، فإنني أشكر الأخوة الأفاضل من زملائي في الدراسة الذين لم يبخلوا عليّ بالعون لإتمام الرسالة سواءً في توفير المراجع المتخصصة أو غير ذلك، وليعذرني مَن غفلت عن ذكرهم، لهم مني جميعًا خالص الدعاء وجزاهم الله عني خير الجزاء.

الباحث

مقدِّمة

خلق الله تعالى الناس جميعًا من نفس واحدة، وجعل منها زوجها، وبثّ منهما رجالًا كثيرًا ونساءً، ومنح كلًّا من الرجل والمرأة طبيعةً إنسانيةً ذات صفات مشتركة، وأودع في كلٍّ منهما ما يجعله يميل للآخر، ليتم التزاوج والتكامل والتجانس بينهما في إطار المودة والرحمة والبر والتعاون مصداقًا لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1]؛ فجمع الله بين الزوجين، وربط بينهما بميثاق غليظٍ، قوامُه المودة والرحمة والسكينة، وبعقدٍ سما على الماديات، حيث تتآلفُ فيه القلوب، وتلتئم فيه الأرواح، وتتعانق فيه الأفكار؛ فيصبحا كالجسد الواحد، والنفس الواحدة[2].

ولم يجعل الإسلام فرقًا بين الرجل والمرأة من حيث الإنسانية؛ إنّما فرّق بينهما في التركيب الجسماني والنفساني والوجداني، الذي أُعدّ لكلٍّ منهما، بهدف تكامل كلٍّ منهما مع الآخر، ليقوم بدوره في الحياة؛ لذا نرى آيات القرآن الكريم تخاطب الرجل والمرأة معًا: "يا أيها الناس"، "يا أيها الذين آمنوا"، إلّا إذا اقتضى الخطاب أنْ يكون للمرأة بصفتها امرأة، وللرجل بصفته رجلًا[3]. ومن هنا يتأكد لنا الفهم القرآني بأنّ المرأة نصف المجتمع بحق، حيث تشارك الرجل في الحياة، جنبًا إلى جنب، وأنْ ولا معنى للحياة البشرية بأنْ تقوم على جهد الرجل وحده، أو على جهد المرأة وحدها، إذ لا استغناء لأحدهما عن الآخر.

ويتبيّن من خلال استقراء التاريخ في العصور القديمة التي سبقت الإسلام، كم عانت فيه المرأة من أشكالٍ وصُوَرٍ عديدة من التنكر لإنسانيتها، والاستخفاف لكرامتها، والإجحاف لحقّها؛ إلّا أنّ الإسلام أنصف المرأة في جميع وجوه الحياة، وأزال عنها صنوف الظلم، ودَفَعَ عنها ما نالها من أذىً وإكراه، وعَدَلَ بينها وبين الرجل في الحقوق والواجبات، بحسب الطبيعة والفطرة البشريَّتين، وقد جاءت الآيات القرآنية الكريمة لتؤكد هذا المعنى لقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى﴾[4]، ولقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[5]، وقوله تعالى: ﴿فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢٣٦).
(٢) رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية، ج٢، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص٥.
(٣) محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م، ص٢١.
(٤) سورة الحجرات، الآية ١٣.
(٥) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

مِنْكُمْ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ﴾[١]. كما جاءت وصايا الرسول عليه الصلاة والسلام لتعزّز هذه المعاني، ولتزيد في وعي الجماعة الإسلامية، ومِثالُه، قولُه(ﷺ): "إنما النساء شقائق الرجال"[٢].

فالحق الذي لا شك فيه أنّ الإسلام قد أنقذ المرأة من كلّ المظالم، وعَدَلَ بينها وبين الرجل، وعاملها معاملةً مليئةً بالإنصاف والعدالة والاحترام؛ كما رفع مكانتها، وأقرّ لها حقوقها وواجباتها عَبْر التشريعات المختلفة، قبل أنْ تفعل ذلك ما أقرّته التشريعات الوضعية بمئات السنين.

لقد شرّع الإسلام علاقة الزواج على قاعدة الدوام والثبات والاستقرار، وأرسى لهذه العلاقة المقدّسة من الدعائم ما يكفل استمرارها واستقرارها؛ إلّا أنّ طبيعة التزاحم في الحياة الدنيا قد تؤدّي إلى وقوع بعض المشكلات في الحياة الزوجية، التي تستعصي على الحلِّ بحيث تصبح هذه العلاقة المقدّسة تحت وطأة الضغوط، لتستحيل الحياة الزوجية بعدها جحيمًا لا يُطاق، الأمر الّذي يترك أثره السيء في البيئة المنزلية وتفكّكها؛ لذلك أباح الإسلام التفريق وحل الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة عند تعذّر اجتماعهما في حياة مشتركة، لِما ينشأ بينهما من الخلاف، وما يستتبعه من الأذى والكيدية. فكان من رحمة الله عز وجل أنْ شرّع الطلاق لإنهاء هذه الرابطة التي أصبحت لا تؤتي ثمارها من المحبة والمودة والرحمة والسكينة، فاقتضت حكمة الله سبحانه وتعالى أنْ يشرّع لعباده الإذن للرجل بالانفراد بالطلاق دون المرأة[٣].

إنّ الحكمة من جَعْلِ الطلاق بيد الرجل، دون المرأة، لأنه أكثر تريّثًا من المرأة، وأشد صبرًا وتحملًا على الأذى؛، وهو ما يجعل الرجل يتأنّى قبل إيقاع الطلاق؛ ولو جُعِلَ الطلاق بيد المرأة، لكانت إمكانية الوقوع في المحاذير أشد، لأن المرأة تكون في غالب أحوالها مرفهةَ الحس، رقيقةَ العاطفة، شديدةَ التأثر، سريعةَ الانفعال، وقد يغلبها الغضب، فتندفع إلى الطلاق لأيسر مشكلة دون أنْ تبصر بالعواقب[٤].

---

(١) سورة آل عمران، الآية ١٩٥.

(٢) أبو داود سليمان السجستاني، سنن أبي داود، ج١، المكتبة العصرية، بيروت، من دون سنة نشر، ص ٦١، رقم الحديث ٢٣٦.

(٣) من المسائل التي تثار ضد الإسلام بعدم مساواته بين الرجل والمرأة هي" الطلاق"، أو "إنهاء الرابطة الزوجية، إذ ادّعى "أنصار حرية المرأة "أنّ الإسلام لم يسوّ بين الرجل والمرأة، حيث جعل الطلاق بيد الرجل وحده، ولم يجعله حقًا للزوجين، ويرددون مقولتهم الشائعة: "إن نصيب المرأة بعد الزواج إحدى حالتين: إما سعادة، وأو شقاوة لا ينجلي ليلها، حيث لا مفر لها من تلك الزيجة، إذ ليس الطلاق بيدها"؛ نقلًا عن: أحمد حسن الطه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاءً، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥م، ص٤٧٦.

(٤) رفيف محمد عبد الحكيم الصافي، نقاط الافْتراق في الطلاق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١م، ص١٢٧؛ أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، من دون سنة نشر، ص٢٠٧.

بالإضافة إلى ذلك، يترتّب على إيقاع الطلاق تبعاتٌ مالية، يُلزم بها الزوج وحده دون الزوجة، إذ عليه مؤخّر المهر، ونفقة العدة للزوجة، ونفقة المتعة لها، ونفقة الأولاد إنْ وُجِدوا، ونفقة مأكلهم وملبسهم ورسوم دراستهم وغيرها من الأعباء المالية. لذلك يجد الرجل نفسه أمام استحقاقٍ يجعله يتريث، ويفكر، ويزن الأمر بميزان العقل، حيث لا يلجأ إلى الطلاق إلّا مُكرَهًا، مما يجعله أكثر صبرًا من المرأة في إيقاع الطلاق(١).

وفي الوقت عينه لم تَحْرُمِ الشريعة الإسلامية المرأة من حقِّها في إيقاع الطلاق وإنهاء الرابطة الزوجية في كثيرٍ من الحالات؛ وذلك عكس ما ادّعى البعض ممّن وجهوا الانتقادات إلى قوانين الأحوال الشخصية، المقتبسة من الشريعة الإسلامية، على أنها تعطي الرجل حقّ إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة منفردة، دون أنْ يكون للمرأة هذا الحق.

تنحلُّ الرابطة الزوجية إما بالطلاق، أو بالفسخ؛ لقد أعطت الشريعة الإسلامية الحقَّ للزوج في إنهاء هذه الرابطة الزوجية بمحض إرادته وطبقًا لمشيئته، وكذلك أعطته للزوجة فيما إذا جلبت لها الرابطة الزوجية أضرارًا مادية أو معنوية، منصوصٌ عليها في الشرع والقانون، بحيث لا تطيق معاشرة زوجها، وترى في استمرارها زيادة في البغض والكراهية؛ كما تستطيع الزوجة أنْ توقِع الطلاق على زوجها إذا فُوِّضت بذلك، أو أنْ تتفق مع زوجها على إنهاء هذه العلاقة بينهما بإرادتهما المجتمعة مقابل أنْ تفدي نفسها بالمال، وهو ما يُسمّى المخالعة؛ كما يحقّ لها أيضًا أنْ تُنهي الرابطة الزوجية عن طريق الفسخ في حالة وجود عارض يمنع بقاء العقد، أو وجود أمر يقترن بإنشاء العقد.

وبناءً على ما تقدّم، نهدف من خلال بحثنا هذا إلى تسليط الضوء على ما أقرّته الشريعة الإسلامية، وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدّل، من حقوقٍ للمرأة في إنهاء الرابطة الزوجية؛ بالإضافة إلى استعراض الحالات التي تبرِّرُ للزوجة ممارسة هذا الحق.

وسنعمد في خلال بحثنا إلى استخدام المنهج التحليلي المقارن بين الفقه والقانون، إذ سنتناول بالتحليلِ استعراض آراء الفقهاء الإسلاميِّين من المذاهب الخمسة، والمذهب الظاهري في بعض المواضع، وآراء قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، معزَّزًا بقرارات محكمة التمييز الاتحادية؛ سوف نقوم بالبحث عن أصل كلّ حالة في هذا الحق الممنوح للزوجة، عَبْر استخراج النصوص الأصلية من الفقه والقانون العراقي المذكور، معتمدين على المنهج التأصيلي، حيث سنلجأ إلى

(١) نظام الدين عبد الحميد، أحكام انحلال عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون العراقي، مطبعة بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٩م، ص٢٢.

إجراء المقارنات الضرورية للوصول إلى النتائج المرجوة في إطار الأهداف الموضوعة لهذا البحث.

وتتجلى أهمية هذا الموضوع في كونه يعالج مسائل مهمّة، لها مساس كبير بالمرأة وحريتها في نطاق عقد الزواج؛ الأمر الّذي يغيب عن أذهان وأفهام الكثير من الباحثين، بالإضافة إلى جهل المرأة المسلمة نفسها لمعرفة هذه الأحكام والحقوق، التي تستطيع من خلالها حل الرابطة الزوجية بما يتوافق مع الشرع الحكيم. يعيش الواقع الاجتماعي العربي والإسلامي تحت وطأة سوءِ فهمِ أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأحوال الشخصية؛ إذ تعيش بعض المجتمعات العربية والإسلامية في ظلِّ بعض الموروثات والأعراف التي تشكّك في حقّ الزوجة بحلّ الرابطة الزوجية، وحصره بالزوج حين لجوئه للطلاق، أو عند وفاته؛ إلّا أنّ الحقيقة أنّ الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية مبرّآن من ذلك، الأمر الّذي سوف يكون محور هذا البحث، من خلال إثبات حقوق المرأة في ذلك، وإعطائها إيّاها، تأكيدًا لإنسانيّتها.

وتدور إشكاليةُ البحث حول تفاوت الحقوق والإلتزامات في رابطة الزواج، لِما يتمتع به الرجل من حقوق أوسع في إنهاء الرابطة الزوجية، دون تمكين المرأة في ذلك، الأمر الذي يبعث على الاعتقاد بأنّ عقد الزواج يمنح الزوج حقوقًا أكثر من الزوجة، مما يجعل الزواج تقييدًا للزوجة وحريتها الفردية في الاختيار؛ وإذا كان قانون الأحوال الشخصية النافذ في العراق، والّذي يعمل بوحيٍّ من الشريعة الإسلامية، قد قضى بإعطاء الرجل حقّ إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة منفردة دون قيد أو شرط، باعتباره حقًّا خالصًا له، فهل يمكن تصوّر وجود مثل هذا الحق للزوجة؟ خصوصًا إذا أرادت أنْ تُنهي هذه الرابطة، التي قد يُشكّل استمرارها جحيمًا عليها، وذلك خلافًا لِما قد يقرِّره الزوج؟ سنحاول في طيّات هذا البحث إثبات أنّ المشرّع العراقي قد منح المرأة من الحقوق، ما يجعلها قادرةً على إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتها الفردية أسوة بالرجل وحقوقه.

وسنستعرض خلال البحث ما إذا كان القانون قد تناول هذا الحق بنفس التفصيل الذي ورد في الشريعة الإسلامية، أو أنه تناوله بصورة جزئية؟ وما هو الحل بالنسبة للجزء الذي لم يتناوله القانون إذا ما عُرض نزاع أمام القضاء يتعلّق بهذا الجزء؟ وبعد ذلك، سنقوم بتظهير نوع الإنهاء الذي يمكن أنْ يحصل في الرابطة الزوجية؟ هل هو طلاق أو فسخ؟

بالإضافة إلى ذلك، هناك جملة من الإشكاليات الفرعية التي قد تُثار في السياق، هي:

وسّع قانون الأحوال الشخصية العراقي دائرة إنهاء الرابطة الزوجية، فقد اعتبر امتناع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يومًا من قِبل دائرة التنفيذ، كسببٍ من

أسباب التفريق، بناءً على طلب الزوجة؛ وهو مبدأ جديد غير مألوف في قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية، وهنا قد يُثار تساؤل عن المقصود من النفقة المتراكمة التي لم يعرفها القانون العراقي، فهل هي النفقة الماضية، المتراكمة، التي قد صدر فيها حكمٌ قضائيٌّ، ولم تُنفذ في دائرة التنفيذ؟ أو أنها نفقة مستمرة، حُكِمَ بها، ونُفذت في دائرة التنفيذ، ولم يتم دفعها من قِبل الزوج؟

جمع قانون الأحوال الشخصية قبل التعديل الثاني رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ في المادة (٤٠) بين أسباب التفريق: الشقاق والضرر، بمادة واحدة؛ حيث كان يستوجب على المحكمة أنْ تُعيّن حَكَمَيْن لإمكانية إصلاح ذات البين بين الزوجين. أمّا بعد التعديل المذكور، فإن المشرّع العراقي أوجب بعث الحَكَمَيْن في حالة طلب التفريق للخلاف والشقاق فقط، في حين لم يُشِر إلى ذلك في التفريق للضرر، إذ أن هنالك أنواعًا من الضرر تستوجب تعيين حَكَمَيْن؛ لهذا لا بُدّ من معرفة نوع الضرر الذي لحق بالزوجة. بالإضافة إلى ذلك، لم يُحدّد القانون الأضرار التي تجيز للزوجة طلب التفريق، سوى ذكر حالتين على سبيل المثال لا الحصر، فما هو المعيار الذي يعتمد عليه القاضي في تحديد نوع الضرر؟ وهل يستطيع القاضي بعث حَكَمَيْن رغم أن القانون لم ينص على ذلك، إذا كان الضرر يمكن إصلاحه؟

ذكر قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة (١/٩) على أنه لا يحق للأقارب والأغيار إكراهَ أيِّ شخصٍ على الزواج، سواء كان ذكرًا أو أنثى، دون رضاه؛ فعدّ هذا العقد باطلًا إذا لم يتم الدخول، وصحيحًا إذا تم الدخول، فهل يتفق نصُّ هذه المادة مع قواعد الشريعة الإسلامية، وكيف يمكن قبول أنْ يُكرِه رجلٌ امرأةً على الزواج، ثم يُكرِها على الدخول، ونقول إنّ هذا العقد صحيح؟

أشار قانون الأحوال الشخصية العراقي إلى أنّ التفريق لعدم الإنجاب هو حق للمرأة في المطالبة به، في حال كان الزوج عقيمًا. إلّا أن ذلك قد يثير إشكالية بسيطةً، وهي: هل العقم هذا هو وقتيٌّ أو دائميٌّ، وفي حال لم تُمكِّن الزوجةُ نفسَها من زوجها، فهل يعتبر هذا سببًا للتفريق؟ أو أنّ الطب الحديث له الدور البارز في حل هذه المشكلة؟

ولأجل معالجة الإشكالية المتقدمة الذكر، تشكّل البحث من: مقدمة، وفصلين، وخاتمة؛ يشمل كلُّ فصلٍ مبحثين، وكلُّ مبحثٍ مطلبين.

عقدنا الفصل الأول للحديث عن البواعث التي تُعطي المرأةَ حقَّ المطالبة في حل الرابطة الزوجية، وبيّنا فيه الأسباب التي يحق للمرأة من خلالها طلب حل الرابطة الزوجية؛ ثم استعرضنا الأسباب ابتداءً من الأسباب الإرادية، التي يكون للزوج قصدٌ في إنشائها، وانتهاءً بالأسباب اللاإرادية، التي لا يكون للزوج قصد في إنشائها.

أمّا الفصل الثاني فقد خصصناه للكلام عن الوسائل الشرعية التي تسمح للمرأة في حل الرابطة الزوجية، سواء كانت بالطلاق أو بفسخ العقد؛ حيث تناولنا في المبحث الأول حق المرأة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، وتناولنا في المبحث الثاني حق المرأة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الفسخ.

أمّا الخاتمة، فقد ضمّنّاها أمورًا تُوِّضح أبرز ما جاء في البحث من نتائج ومقترحات وصلنا إليها.

الفصل الأوَّل

البواعث التي تعطي المرأة حق المطالبة في حل الرابطة الزوجية

من ضمانات حقوق المرأة في الإسلام حرمةُ الإضرار بها، سواء كانت الأضرار ماديةً أو معنويةً؛ يقول الحق سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[1]؛ كما يقول(ﷺ): "لا ضَرَرَ ولا ضِرار"[2]، وهي قاعدة شرعية في نفي الضرر ابتداءً ونفيه كذلك جزاء، وإزالته إذا وقع، كما فسّره العلماء، بأنَّه: "لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء"[3].

وعقد النكاح، كما هو معلوم، يُراد به حصول المنفعةِ الماديةِ والمعنوية شرعًا لكلٍّ من الزوجين؛ نظرًا لشدّة قرب العلاقة بين الزوجين، في الجسد والأحاسيس والمصالح، فإنّ كلًّا منهما يتأثر بالآخر بما لا يتأثر به غيرُه، ويقع التأثير النافع بوجود الصفات المطلوبة المرجوة، ويقع التأثير الضار بوجود الصفات المرفوضة والسلبية في كلٍّ منهما.

وبما أنّ موضوعنا يختصّ بحق المرأة في طلب حل الرابطة الزوجية، فإننا سنقتصر على ذِكْرِ الأضرار التي تلحق المرأة عند اتصاف الزوج بصفات غير مرضية، في ماله، أو بدنه أو حاله أو غير ذلك، مما يؤثر في حياة المرأة سلبًا.

وقد ضمنت الشريعة الإسلامية حقوق المرأة في عدم الإضرار بها، بأنْ جعل لها خيارَ الحقِّ بإمضاء عقد النكاح، أو فسخه، إذا لحقها ضرر من الزوج، بالاستناد على قاعدة: "لا ضرر" التي تدعيها الزوجة تجاه زوجها والتي تتعدّد مظاهرها. فقد يصيب الضررُ الزوجةَ نتيجة فعل يمارسه الزوج، أي يكون للزوج دور في إنشاء هذه الأضرار، كالامتناع عن الإنفاق، أو هجر الزوج فراش الزوجية، أو بفعل ضرر جسيم، أو شقاق مستحكم، أو قيام الزوج بفعل الفاحشة–الخيانة الزوجية–, أو تكون خارج إرادة الزوج، كالعيوب التي تصيب الزوج، وفقدان الزوج وغيرها من الحالات الأخرى[4].

حتى نوضح كلّ ما تقدّم، سنتوجه بدراستنا إلى بيان الأسباب الإرادية واللاإرادية، التي من خلالها يحق للزوجة حق طلب حل الرابطة الزوجية، وذلك من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وهما:

المبحث الأوّل: الأسباب الإرادية التي تعطي المرأة حق طلب حل الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني: الأسباب اللاإرادية التي تعطي المرأة حق طلب حل الرابطة الزوجية.

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣١.

(٢) أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج٦، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م، ص١١٤، رقم الحديث ١١٣٨٤.

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٩م، ص ٧٢-٧٣.

(٤) رشا خليل عبد، حق الزوجين في الفرقة في ظل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مجلَّة الجامعة العراقية، تصدر عن مركز الدراسات والبحوث الإسلامية – الجامعة العراقية، بغداد، الإصدار الثالث، العدد (٢٦)، ٢٠١١م، ص٤٣٠.

المبحث الأوَّل

الأسباب الإرادية التي تعطي المرأة حق طلب حل الرابطة الزوجية

يترتَّب على أيِّ زواج شرعيٍّ عددٌ من الواجبات والحقوق المتبادلة، حيث يؤدي إخلالُ أحدِ الزوجين بالالتزامات الزوجية إلى الإضرار بكيان الأسرة ككل، وإلى تدهور وتمزيق وانهيار الحياة الزوجية. والمقصود بالأسباب الإرادية، هي أنْ يكون منشؤها عملًا أو قولًا إراديًّا لأحد الزوجين أو كليهما، سواء كان السبب ماديًّا كالضرر المترتب على عدم الإنفاق؛ أو معنويًّا كهجرة الزوج لفراش الزوجية، أو قيامهِ بفعل الفاحشة – الخيانة الزوجية–، أو حدوث ضرر جسيم، أو شقاق مستحكم صدر من أحدهما أو كليهما، فأصاب القلوب بالبرود، وجعل تقريب شقّ الخلاف بين الزوجين متعذرًا، وفشلت الجهود والمساعي الحثيثة في إصلاح ذلك، فأصبحت حياتهما جحيمًا لا يطاق، ونزاعًا لا يحتمل، لما رافقها من عناء وبؤس وشقاء، ممّا يؤدي إلى ابتعاد الزوج عن المقاصد الشرعية، بعد أنْ انقلبت المودة والرحمة والسكينة إلى بغض وكراهية وفوضى، فأي خير يرجى من استمرار هذه الرابطة المقدسة مع كل هذا التصدع والنفور بين الطرفين.

فإذا كان الإخلال من جانب الزوجة، فللزوج الحق أنْ يطلقها باعتبار العصمة بيده، أما إذا تخلى الزوج عن القيام بواجباته والتزاماته المادية والمعنوية دون سبب جديّ أو شرعي[1]، وهذا ما يلحق الضرر بالزوجة. فهل للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي لطلب التفريق لدفع الضرر عما لحقها جراء إخلال الزوج بتلك الالتزامات؟ أو لا يحق لها ذلك؟

ولمحاولة الإجابة عمّا تقدّم، نفضل تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأوّل: الأسباب المادية

المطلب الثاني: الأسباب المعنوية

المطلب الأوّل: الأسباب المادية (عدم الإنفاق)

تجب النفقة على الزوج لأسباب ثلاثة، هي: الملك والقرابة والنكاح؛ وموضوع بحثنا هنا هو النفقة التي سببُها النكاح، وهي ما ينفقه الزوج على زوجته من مسكن وطعام وكسوة، إذ أجمع علماء الأمة على

(١) أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعًا وفقهًا وقضاءً، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨م، ص١٥٠.

وجوب نفقة الزوجة على زوجها، وعلى أنّ الإخلال في الإنفاق على الزوجة بالمعروف ضررٌ معتبرٌ يجب رفعه، وأنّ الضرر الممنوع منه في الجانب الأسري هو الإخلال بما قّررته الشريعة من الحقوق والواجبات لكلي الزوجين على الآخر(١).

ولكي يكون للإنسان فكرة ما عن الشيء الذي يبحث في صدده لا بدّ من أنْ يعرّفه، فالتعريف يعطي المرء تصورًا عامًّا وأوليًّا عن ذلك، فما هي النفقة، وما هو دليل ثبوتها؟.

النفقة في اللغة: نَفَقتِ الدابة تَنْفقُ نُفوقًا ماتت وبابه دخل، ونَفَقَ البيع ينفُقُ بالضم نَفَاقا راج، والنِّفَاقُ بالكسر فعل المُنَافِقِ وأَنفقَ الرجل افتقر وذهب ماله(٢).

أما في الاصطلاح الشرعي، فهي الإدرار على الشيء بما فيه بقاؤه، والنفقة تجب بأسباب الزوجية(٣)، وتعني أيضا: قيام الزوج بالإنفاق على زوجته بالنحو الذي يؤمن لها حاجتها المعتبرة عرفًا(٤). وتعني أيضًا كفاية من يمونه من الطعام والكسوة والسكنى(٥).

وعرّفها الفقهاء المحدثون بأنها: ما تحتاج إليه الزوجة في كل ما يلزم معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسب ما تعارفه الناس(٦). وقد عرفت نفقة الزوجة أيضًا بأنَّها كل ما تحتاج إليه في معيشتها من طعام وكسوة وسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسب العرف السائد في بلد الزوجين وحالة الزوج المادية(٧).

وقد ثبت وجوبها في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول؛ فدليل وجوب النفقة في الكتاب، هو ما دلّت عليه آيات عديدة على وجوب نفقة الزوجة، منها قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾(٨)، وقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾(٩)، وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾(١٠)، فقد

---

(١) أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، ط٢، دار الرسالة، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص٩٦.
(٢) زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، ط٥، المكتبة العصرية– الدار النموذجية، بيروت، ١٩٩٩م، ص٣١٦.
(٣) أبو محمد محمود بن أحمد العيني، البناية شرح الهداية، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م، ص٦٥٩.
(٤) محمد حسين فضل الله، فقه الشريعة، ج٣، دار الملاك، بيروت، ٢٠٠٦م، ص٤٩١.
(٥) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج١٠، ط٤، دار الفكر، سوريا، ١٩٨٦م، ص٧٣٤٨.
(٦) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط٤، دار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣م، ص٤٣٧.
(٧) عبد الحافظ الكبيسي، ويسألونك عن المرأة، ط٢، مطبعة الحوادث، بغداد، ١٩٨٨م، ص٢١١.
(٨) سورة البقرة، الآية ٢٣٣.
(٩) سورة الطلاق، الآية ٧.
(١٠) سورة الطلاق، الآية ٦.

أوجبت هذه الآيات على الأزواج إسكان المطلقات بمسكن مشابه لِما يسكنون بقدر قدرتهم وطاقتهم، فإذا وجب في هذه الآية إسكان المطلقة، فإسكان الزوجة أولى بالوجوب[١].

ودليل وجوبها من السنة النبوية، هو قول رسول الله (ﷺ): "أَنْ تُطعمها إذا طَعِمتَ، وتكسوها إذا اكتسيت، أو اكتسبت ولا تضرب الوجه ولا تقبح، لا تهجر إلا في البيت"[٢]، وروى أبو بصير في الصحيح قال: سمعت أبا جعفر يقول: "من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها، ويطعمها ما يقيم صلبها، كان حقًّا على الإمام أنْ يفرق بينهما"[٣] .

فالحديث الأوّل يوجب على الزوج أنْ يطعم زوجته ممّا يأكل، ويكسوها ممّا يكتسي؛ والحديث الثاني يوجب نفقة الكسوة، والطعام للزوجة.

أما الإجماع، فقد اتفق جمهور الفقهاء[٤]على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن إذا كانت الزوجات بالغات إلّا الناشز منهن[٥].

أما المعقول، هو أن المرأة محبوسة على ذمة الزوج بمقتضى عقد الزواج، فهي تقرّ بالبيت وتقوم بشؤونه، وبرعاية أولاده وتربيتهم؛ فهي محبوسة على ذمة الزوج، وهذا يمنعها من العمل والكسب؛ ومن القواعد المقررة في الفقه أنّ مَنْ حبسَ لِحق غيره، فنفقته واجبة عليه، كالمفتي والقاضي وغيرهما من العاملين في الدولة، فنفقتهما على الدولة[٦].

اتفقت المذاهب الفقهية[٧]على اعتبار الزوجية والدخول التام سبب وجوب النفقة، فالمذهب الحنفي

---

(١) وهبة الزحيلي، التفسير الوسيط، ج٣، دار الفكر، دمشق، ١٤٢٢هـ، ص٢٦٨٣.

(٢) أبو داود سليمان السجستاني، سنن أبي داود، ج٢، مصدر سابق، ص٢٤٤، رقم الحديث ٢١٤٢.

(٣) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج٢١، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم، ١٤١٤هـ، ص٥٠٩.

(٤) جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، ط٢، مطبعة أمير قم، طهران،١٤٠٩هـ، ص٥٧٠؛ ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٨، مكتبة القاهرة، مصر، ١٩٦٨م، ص١٩٥؛ علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م، ص١١٣.

(٥) باستثناء المذهب الظاهري، فقد جاء عند ابن حزم: "فالزوجة تجب نفقتها على زوجها ولو كانت في المهد سواء كانت ناشزًا أو غير ناشز"؛ ينظر في هذا الصدد: ابن حزم الظاهري، المحلي بالآثار، ج٩، دار الفكر العربي، بيروت، من دون سنة نشر، ص٢٤٩.

(٦) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج١٠، مرجع سابق، ص٧٣٧٣؛ عبد الجبار زين العابدين، اثر عدم الإنفاق في الفرقة الزوجية، مجلة فصلية تصدر عن كلية الآداب– جامعة بغداد، بغداد، العدد (١٠١)، ٢٠١٢م، ص٢٨٨.

(٧) أبو بركات أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج٢، دار المعارف، مصر، ١٩٩١م، ص٧٣٠؛ مصطفى الخن ومصطفى البغا وعلي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج٤، ط٤، دار القلم والطباعة، دمشق، ١٩٩٢م، ص١٨١؛ إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م، ص١٤٢؛ عادل ناصر حسين، الالتزامات الزوجية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق– جامعة النهرين، بغداد، ١٩٩٨م، ص٧٧ وما بعدها.

أكّد أنّ سبب التزام الزوج بالنفقة هو استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها، فمنهم مَنْ قال بوجوب النفقة من حين العقد يجعل السبب هو العقد، أو استحقاق العقد، ومنهم مَنْ قال بوجوبها من حين التمكين، أي يجعلون التمكين سببًا، والعقد شرطًا[١].

أمّا المذهب الجعفري فقد أكّد وجوبَ التزام الزوج بالنفقة بالتمكين المستحق بالعقد المستند إليه، وأن وجوب النفقة مشروط بعدم النشوز، وهو التمرد على الزوج بمنعه من حقوقه أو بفعل مفردات بسبه وشتمه[٢].

وبما أنَّ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس لقانون الأحوال الشخصية في البلدان العربية[٣]، ومن ضمنها قانون الأحوال الشخصية العراقي، فإن هذا القانون أوجب النفقة على الزوج لزوجته، إذ نصَّت الفقرة (١) من المادة (٢٣) منه على ما يأتي: "تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها، إلّا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى بيته فامتنعت بغير حق"[٤].

والرأي الراجح في العرف الاجتماعي هو بوجوب النفقة من حين التسليم، أما غير المدخول بها فلا نفقة لها؛ لأنها لم تمكّن زوجها من نفسها، مالم يحصل منها أو من وليها دعوى للدخول.

ويتبين من ذلك، أنّ النفقة حق للزوجة يثبت لها بعقد الزواج الصحيح وتسقط بالنشوز، وينتهي بانفصام العلاقة الزوجية[٥]؛ فإذا امتنع الزوج عن الوفاء بحق الزوجة تعنتًا أو إعسارًا، فهل يحق للزوجة طلب التفريق لهذا السبب، أو عليها أن تصبر وتشارك زوجها ألم الفقر والجوع والحرمان.

هذا ما سنتناوله تباعًا متعرضين للموقفين الفقهي والتشريعي، واعتمادًا على ما توصل إليه اجتهاد محكمة التمييز العراقية في هذا الإطار.

ولمحاولة الاستفادة من مجمل ما تقدّم نفضّل تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأوّل: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التفريق لعدم الإنفاق.

الفرع الثاني: موقف قانون الأحوال الشخصية من التفريق لعدم الإنفاق.

---

(١) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج٥، مصدر سابق، ص١١٤- ١١٥.

(٢) أبي جعفر محمد بن الحسن، المبسوط في فقه الإمامية، ج٦، المطبعة الحيدرية، طهران، ١٣٨٧هـ، ص١١؛ باقر القرشي، نظام الأسرة في الإسلام، دار الأضواء، بيروت، ١٩٨٨م، ص٦٨.

(٣) المادة (٥٩) الفقرة (أ) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠؛ وتقابلها المادة(١/٧٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣؛ وتقابلها المادة(٣/أ) من قرار المجلس الشرعي الإسلامي الأعلى، رقم (٤٦) الصادر بتاريخ ٢٠١١/١٠/١ المُطبَّق على الطائفة السنية في لبنان؛ تقابلها المسألة (٩٩٨) من المسائل المنتخبة للسيد أبو القاسم الخوئي والمُطبقة على الطائفة الشيعية في لبنان.

(٤) قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته: رقم (١٨٨)، لسنة ١٩٥٩؛ ينظر في هذا الصدد: الوقائع العراقيَّة، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق، العدد (٢٨٠) في ١٩٥٩/١٢/٣٠.

(٥) نصَّت الفقرة الأولى من المادة (٢٥) قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل لا نفقة للزوجة في الأحوال الآتية : ١- إذا تركت بيت زوجها بلا إذن، وبغير وجه شرعي.٢- إذا حبست عن جريمة أو دين.٣- إذا امتنعت عن السفر مع زوجها من دون عذر شرعي.

الفرع الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التفريق لعدم الإنفاق

ألزم الله سبحانه وتعالى الأزواج بواجبات تجاه زوجاتهم، ومن أهمّ هذه الواجبات هي النفقة الزوجة بكل وجوهها: من الطعام والكسوة والمسكن وغيرها من ضروريات الحياة.

ولكن لو أخلّ الزوج بهذا الالتزام، ولم ينفق على زوجته، ويقصّر في هذا الواجب الشرعي، فيلحق بها بسبب ذلك الأذى والضرر الشيء الكثير، ففي هذه الحالة هل يجوز للمرأة طلب التفريق؟ اختلف الفقهاء في جواز حق المرأة في طلب حل الرابطة الزوجية بسبب عدم إنفاق الزوج عليها، وانقسمَ الموقف الفقهي إلى رأيَيْن لكلٍّ منهما حججه من القرآن والسنة:

الرأي الأوّل: يرى الحنفية[١] وجماعة من الفقهاء الشيعة الجعفرية[٢] أنّ عدم إنفاق الزوج على زوجته، أو إعساره، لا يعتبران سببًا للتفريق، سواء كان عدم الإنفاق تعنتًا أي من دون عذر، أو إعسار أي بعذر، فإذا كان الزوج معسرًا فإنها تستدين، وعلى الدائن التوجه إلى الزوج عند يساره، وإنْ لم تجد ما يعطيها دينًا، فإنها تأخذ من بيت المال، أما إذا كان الزوج لديه مال، لكنه متعنّت ولا يريد الإنفاق، ففي هذه الحالة تلجأ الزوجة إلى القاضي ليس لطلب التفريق، وإنما لإجبار الزوج على الإنفاق عن طريق حبسه إلى أنْ يقوم بالإنفاق؛ أمّا في حالة غياب الزوج[٣]، فقد جاء في كتاب مسالك الأفهام: "الغائب عن زوجته إنْ لم ينقطع خبرُه، وكان يأتي كتابه، أو يُعرف مكانه، فنكاحه على زوجته مستمر، وينفق الحاكم عليها من ماله، إنْ كان له مال يصل إليه، وإلا كتب إلى حاكم بلده يطالبه بحقها، فإنْ تعذر ذلك أنفق عليها من بيت المال، إنْ لم يكن له من ينفق عليها"[٤]، ويتبين لنا ممّا تقدّم أنه لا يحق للزوجة طلب التفريق من القضاء، حسب آراء الحنفية، وجماعة من فقهاء الشيعة الجعفرية.

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بأدلة منها:

---

(١) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٥، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م، ص١٩١؛ أحمد حسن الطه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاءً، مرجع سابق، ص٤٣٢-٤٣٣.

(٢) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، ج٦، المطبعة الحيدرية، طهران، ١٣٨٧هـ، ص٢١. وفيه: "إذا أعسر الرجل بنفقته، فلم يقدر عليها كان على المرأة الصبر إلى أنْ يوسع الله سبحانه وتعالى عليه لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾، وذلك لا يفسخ عليه الحاكم وإنْ طالبته المرأة بذلك، وهذا منصوص عندنا"؛ بهاء الدين محمد الفاضل الهندي، كشف اللثام، ج٧، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٢٠هـ، ٥٩٣.

(٣) ويقصد بالغياب هنا: "الشّخص الذي غاب عن البلد الذي يعيش فيه مع زوجته عادة – لأي سبب– مع كونه معلوم الحياة والمكان ولو إجمالًا"؛ ينظر في هذا الصدد: فيصل المشعل، التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق، مركز الفقاهة للدراسات والبحوث العلمية، العدد الرابع عشر، رابط الموقع: http: //www.alfaqaha.net/home/art481.html، آخر زيارة: ٢٠١٤/٣/٩؛ وينظر: المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين (٧٨) لسنة ١٩٨٠ والتي نصَّت على: "الغائب هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يُعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون أنْ تنقطع أخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره".

(٤) زين الدين بن علي العاملي، مسالك الأفهام، ج٩، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ١٤١٦هـ، ص٢٨٤.

١- قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾[١]، قالوا إنّ هذه الآية دليل على أنه مَنْ لم يقدر على النفقة، لا يُكلّف بالإنفاق، فلا تجب عليه النفقة في هذه الحالة[٢].

٢- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[٣]، وهذا أمر من الله سبحانه وتعالى، بأن يمهل المدين إلى وقت يسره. والنفقة ماهي إلّا دين للزوجة على زوجها، فهي مأمورة بنص القرآن الكريم أنْ تنظر إلى زوجها إلى ميسرة، ولا حق لها عند إعساره بأنْ تطالب بالنفقة، وأولى من ذلك إلّا تطالب بالتفريق بينها وبينه، بسبب عجزه عن النفقة، والآية الكريمة تمثل لكل معسر، والزوج أحد المعسرين[٤].

٣- غضب النبي محمد(ﷺ) على نسائه واعتزلهن شهرًا حين طالبنه بما ليس عنده من النفقة، حتى قلن له: "والله لا نسأل رسول الله شيئًا أبدًا ليس عنده"[٥].

٤- من المقرر شرعًا أنه إذا اجتمع ضرران ارتكب أخفّ الضررين، والتفريق بسبب عدم الإنفاق فيه إبطال حق الزوج في زوجته، وهو قيام الزوجية بينهما؛ وعدم التفريق يترتب عليه تأخير حق الزوجة في نفقتها وهو أهون من إبطال حق الزوج في زوجته، ولأن النفقة تستقر دينًا في ذمة الزوج بحكم القاضي فتستوفى في المستقبل[٦].

الرأي الثاني: يرى المالكية[٧] والحنابلة[٨] الشافعية[٩] وجماعة من الجعفرية[١٠] إنّ للزوجة حقَّ طلب التفريق لعدم الإنفاق، وعلى القاضي إجابة طلبها متى تثبت صحة دعواها؛ هذا إذا كان الزوج في حالة إعسار، أما إذا كان الزوج موسرًا فلا يحق للزوجة طلب التفريق، إذا أمكن استحصال النفقة منه عن

---

(١) سورة الطلاق، الآية ٧.

(٢) وهبة الزحيلي، التفسير الوسيط، ج٣، مصدر سابق، ص٢٦٨٤.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٨٠.

(٤) مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد، من دون سنة نشر، ص٣٧٣.

(٥) مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، ج٢، دار أحياء التراث العربي، بيروت، من دون سنة نشر، ص١١٠٤، رقم الحديث١٤٧٨.

(٦) مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مصدر السابق، ص٢٠١-٢٠٢.

(٧) أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٣، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص٧٤-٧٥؛ أحمد حسن الطه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاءً، مرجع سابق، ص٤٣٣.

(٨) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٨، مصدر سابق، ص٢٠٤.

(٩) أبو اسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب في فقه الأمام الشافعي، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥م، ص١٥٤.

(١٠) ابن إدريس الحلي، السرائر، ج٢، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٠هـ، ص٥٩٢؛ أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعًا وفقهًا وقضاءً، مرجع سابق، ص٢١٥.

طريق القضاء، وأصحاب هذا الرأي يتفقون على هذا المبدأ، ويختلفون في التفصيل:

فذهب فقهاء المالكية إلى أن للزوجة الحق في التفريق لعدم الإنفاق، سواء كان ذلك لعجز الزوج أو تعنته، وسواء كان الزوج حاضرًا أم غائبًا، فإذا كان عجز الزوج عن الإنفاق بسبب الإعسار، فالزوجة تكون بين خيارين: إما المقام معه على ذلك، أو طلب التفريق. أما إذا كان مصدر حرمان النفقة تعنته، ففيه قولان:

الأوَّل: أنْ يفرق القاضي بينهما على الحال، **والثاني:** يسجنه حتى ينفق عليها، وإنْ لم ينفق بعد سجنه فرق القاضي بينهما[١].

وذهب فقهاء المذهب الشافعي[٢]، إلى إنّ الزوج إذا كان معسرًا ولم يتمكن من الإنفاق، فإنّ الزوجة مخيّرةٌ بين طلب التفريق أو أنْ تنفق على نفسها من مالها، ولا تطلب التفريق ثم تعود على زوجها عند يساره. أمّا إذا كان له مال وامتنع عن الإنفاق مع قدرته، فلا يحقّ لها الفسخ لتمكنها من تحصيل النفقة عن طريق القاضي أو السلطان، هذا إذا كان حاضرًا، أمّا إذا كان غائبًا فلها أن تطلب من القاضي فَرْضَ نفقة لها من ماله.

وذهب الحنابلة إلى أن للزوجة الحق في التفريق إذا كان سبب الامتناع عن الإنفاق إعسار الزوج أو عجزه المالي، فالمرأة مخيرةٌ بين الصبّر عليه، وبين فراقه، فقد وروي أنه سئل سعيد بن المسيب عن رجل لا يجد ما ينفق على امرأته، أيفرق بينهما، قال: نعم، قلت: سنة؟ قال: سنة وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله(ﷺ)[٣].

وذهب فقهاء المذهب الحنبلي إلى أنَّ امتناع الزوج عن الإنفاق، سواء كان حاضرًا أم غائبًا فللزوجة أنْ تأخذ من ماله لتنفق على نفسها، وإلّا فالقاضي يجبره ويحبسه إنْ كان حاضرًا، أو يبيع عقاراته إذا كان غائبًا للإنفاق على زوجته؛ أمّا إذا كان الزوج غائبًا، ولم يترك نفقةً لزوجته، ولا شيئًا يبيعه القاضي للنفقة، كان للزوجة الحق أنْ تطلب التفريق من زوجها[٤].

أمّا المذهب الجعفري، فجماعة من الفقهاء الجعفرية تتفق في أنّ عدم الإنفاق على الزوجة، سببٌ

---

(١) محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج٤، دار الفكر للطباعة، بيروت، من دون سنة نشر، ص ١٩٦-١٩٧.

(٢) أبو اسحاق إبراهيم الشيرازي في فقه الأمام الشافعي، المهذب، ج٣، مصدر سابق، ص١٥٤-١٥٥؛ محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، ط٣، دار القلم، دمشق، ٢٠١١م، ص٢٨٥.

(٣) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٨، مصدر سابق، ص٢٠٤.

(٤) محفوظ بن أحمد بن الحسن، الهداية على مذهب الإمام أحمد، مؤسسة غراس، الكويت، ٢٠٠٤م، ص٤٩٧-٤٩٨.

من أسباب التفريق بين الزوجين؛ وذلك إذا تضررت الزوجة، فلها الحق في طلب التفريق، وجاء في العروة الوثقى لليزدي: "بل وكذا المفقود المعلوم حياته مع عدم تمكن زوجته من الصبر، بل وفي غير المفقود ممّن عُلم أنه محبوس في مكان لا يمكن مجيؤه أبدًا، وكذا في الحاضر المعسر الذي لا يتمكن من الإنفاق مع عدم صبر زوجته على هذه الحالة، ففي جميع هذه الصور، وأشباهها، وإنْ كان ظاهر كلماتهم عدم جواز فكّها، وطلاقها للحاكم، لأن الطلاق بيد مَنْ أخذ بالساق، إلّا أنه يمكن أنْ يقال: بجوازه..."[١]، كما جاء أيضًا في منهاج الصالحين: "إنّ الإنفاق ليس شرطًا في صحة النكاح، فإذا كان الزوج عاجزًا عن الإنفاق، يجوز لها أنْ ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي، فيأمر زوجها بالطلاق؛ فإذا امتنع طلّقها الحاكم الشرعي، وإذا كان قادرًا على الإنفاق فيحق للمرأة أنْ ترفع شكواها إلى الحاكم الشرعي، فيلزمه بأحد الأمرين: الإنفاق، أو الطلاق، فإنْ امتنع عن أحد الأمرين، جاز للحاكم طلاقها[٢]. وكان السند لهذه الأقوال ما روي عن الإمام جعفر الصادق: "إنْ أنفق عليها ما يقيم حياتها مع كسوة وإلّا فرق بينهما"[٣].

وللقائلينَ بجواز التفريق، بسبب عدم الإنفاق، أدلة هي:

١- قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٤]، فالإمساك في هذه الآية ملازم للمعروف وحسن الصحبة الزوجية وكفّ الأذى، وعدم الظلم، ولا يتحقق ذلك إلّا بالإنفاق عليها. كما أنّ التسريح ملازم للإحسان، فإنْ كان التسريح بعد الفراق مقيّدًا بالإحسان، فمن باب أولى أنْ تكون الصحبة والإمساك بمعروف، ولا ينسجم عدم الإنفاق بالمعروف،وإذا تعذر أحدهما تعّين الآخر[٥].

٢- صحيح ربعي بن عبدالله، والفضيل بن يسار جميعًا عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله تعالى: ﴿وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمّا آتَاهُ اللّه﴾، قال: "إنْ أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة، وإلّا فرق بينهما"[٦]. وعليه تكون الرواية دالة على أن الزوج إذا كان معسرًا، ولم ينفق على زوجته النفقة الواجبة، فرق بينهما.

٣- القياس على التفريق للعجز الجنسي، فيستحق الفسخ إنْ استوجب ذلك، كالاستمتاع من المجبوب والعّنين، والضرر في النفقة أقل، فالبدن يقوم بترك الجماع ولا يقوم بترك الغذاء؛ فما ثبت له الخيار

---

(١) محمد كاظم اليزدي، العروة الوثقى، ج٦، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٢٣هـ، ص١١٥.

(٢) أبو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين، ج٢، مطبعة مهر، قم، ١٤١٠هـ، ص٢٨٨-٢٨٩.

(٣) محمد صادق الروحاني، فقه الصادق، ج٢٢، ط٣، دار الكتاب، قم، ١٤١٤هـ، ص٣١٣.

(٤) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٥) أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ج٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٠م، ص٥٤٨.

(٦) محمد بن علي الصدوق، من لا يحضره الفقيه، ج٣، ط٢، منشورات جماعة المدرسين، قم، ١٤٠٤هـ، ص٤٤١.

بفوات الجماع كان ثبوته بفوات النفقة أولى[١]، والجماع حق مشترك بين الزوجين والنفقة مختصة بالزوجة فقط؛ فلما ثبت خيار في الحق المشترك– الجماع– كان الخيار في حق المختص – النفقة– أولى[٢].

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه الدكتور مصطفى الزلمي، وهو عدم جواز التفريق إذا كان الامتناع عن الإنفاق هو عجز الزوج البدني والمالي عن الإنفاق؛ وهذا ما يتوافق مع روح التشريع الإسلامي العادل ومبادئه العامة وقواعده الثابتة، لأن الرابطة الزوجية هي رابطة روحية، فطابع الدوام فيها يقوم على أساس التعاون والمودة، وعلى الزوجة أنْ تقاسمه الفرح والألم. أمّا إذا كان الزوج موسرًا، وامتنع عن الإنفاق، ففي هذه الحالة للزوجة طلب التفريق وعلى القاضي الاستجابة لطلبها، وذلك لرفع الغبن عنها، بشرط أنْ تكون طلقة رجعية[٣].

أما نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق، أطلاق هي أم فسخ؟ فقد ذهب الشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، إلى أنّ التفريق للإعسار بالنفقة هو فسخ، أمّا الجعفرية فقالوا: إنه طلاق بائن[٦]، والمالكية[٧] قالوا: إنَّها فرقة بطلاق وليس بفسخ، والطلاق يكون رجعيً، أي يحق للزوج مراجعة زوجته عند اليسار.

الفرع الثاني: موقف قانون الأحوال الشخصية من التفريق لعدم الإنفاق

لم يكن للمرأة طلب حل الرابطة الزوجية بسبب امتناع زوجها عن الإنفاق عليها قبل صدور قانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ قانون الأحوال الشخصية العراقي؛ وذلك لأنّ العمل في العراق قبل صدور هذا القانون كان يعتمد على الفقهَيْن الجعفري والحنفي، الَّذَيْن لم يجيزا للزوجة الحق في طلب حل الرابطة

(١) مصطفى الزلمى، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مرجع سابق، ص٣٧٥.
(٢) أبو الحسن علي الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩م، ص٤٥٦؛ عبد الودُود السريتي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٣م، ص٢٨٩؛ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١١م، ص٥٣٢
(٣) مصطفى الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط٤، المديرية العامة للمكتبات العامة، أربيل، ٢٠١١م، ص٢٠١.
(٤) أبو اسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب في فقه الأمام الشافعي، مصدر سابق، ص١٥٤.
(٥) علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٩، ط٢، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٦٠م، ص٣٩١.
(٦) عبد الحكم فوده، أحكام الزواج والطلاق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١م، ص٣٠١.
(٧) أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٤، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩م، ص٤٠٥.

الزوجية بسبب عدم الإنفاق[١].

لكن بعد صدور قانون الأحوال الشخصية العراقي أصبح للزوجة الحق بطلب التفريق، لأنه استمدّ موقفه التشريعي من مذهب الجمهور– الرأي الثاني– الذي أجاز للمرأة اللجوء للقضاء، وأنْ ترفع أمرها للقاضي، وذلك بسبب فقدان أحد حقوقها الشرعية الثابتة، ولحوق ضرر بالغ بها جراء امتناع الزوج عن أداء واجبه، وهو عدم الإنفاق؛ ومن واجب القاضي في هذه الحالة رفع الظلم عنها.

لقد عالج قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ التفريق لعدم الإنفاق في الفقرات (٧–٨–٩) من المادة (٤٣)، وللتوضيح أكثر يأتي تقسيم هذا الفرع على النحو الآتي:

أوّلًا: إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يومًا

يُفهم من خلال هذه الفقرة أنّ الدعوى التي تقيمها الزوجة على زوجها بسبب امتناعه عن الإنفاق هي دعوى تفريق، وفقًا لهذا النص، وليس دعوى نفقة، وعلى قاضي محكمة الأحوال الشخصية فَرْضُ نفقةٍ مؤقتةٍ للزوجة[٢]، وإمهال الزوج مدة أقصاها ستون يومًا لغرض الإنفاق. فإنْ أنفق عليها خلال هذه المدة تُردّ الدعوى، وهذه المدة ضرورية لصالح الزوج المتعنت أو الممتنع عن الإنفاق لكي يراجع نفسه ويتدبر أمره وينفق على زوجته، فإنْ مضت المدة التي منحتها المحكمة له، ولم يوفِ للزوجة حقّها بالنفقة عُدّ الزوج متعنتًا أو ممتنعًا عن الإنفاق، وفي هذه الحالة يفرق القاضي بينهما[٣]، ولا يجوز للمحكمة أنْ تفرق بين الزوجين من دون إمهال الزوج مدة ستين يومًا، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في قرار لها: "إنّ محكمة الأحوال الشخصية لم تمهل المُدّعى عليه الفترة المنصوص عليها بالمادة (٤٣) الفقرة (٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وتبدأ المدة من تاريخ التنبيه، ولا يُعتدّ بغير ذلك، وعليه قرر نقضه وإعادة الإضبارة إلى محكمة الأساس للسير فيها وفق ما تقّدم"[٤].

---

(١) عبد القادر إبراهيم علي وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، دار الأصدقاء، بغداد، ٢٠١٠م، ص٢٢٠.

(٢) يفرض القاضي على الزوج نفقة مؤقتة لغرض التوصل إلى جدية الزوج في الإنفاق على زوجته من عدمه؛ ينظر في هذا الصدد: عبد القادر إبراهيم علي وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص٢٣١.

(٣) محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٦٢م، ص٣٤٣.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٢٥٧٨/ش١/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١٢/٤؛ ينظر: دريد داود سلمان الجنابي، المبادئ القانونية الأحوال الشخصية في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ج٣، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١١م، ص١٣٩–١٤٠.

وممّا يجدر ذكره أنّ المشرّع العراقي اشترط أنْ يكون امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته دون عذر مشروع، ولم يُحدّد ماهية الأعذار المشروعة، لكن ترك السلطة التقديرية للقاضي، وفقًا لوقائع كل دعوى وظروفها وأطرافها.

والأعذار المشروعة التي لا تخوّل الزوجة طلب التفريق كثيرة: فقد يكون الزوج فقيرًا عاجزًا عن العمل، أو قد يكون تعرض ماله للسرقة، أو عجزه عن العمل بسبب مرضه أو تعرضه لحادث يمنعه من العمل؛ والفقر وحده لا يكفي لأن يكون سببًا مشروعًا لتحقق العذر، فيجب أنْ يكون الزوج فقيرًا مع عجزه على العمل، أما إذا كان فقيرًا ولكنه قادرٌ على العمل لقصدٍ أو لكسلٍ، فالعذر هنا غير متحقق[١]، وهذا ما جاء بقرار لمحكمة التمييز: "يجب إخضاع المُدّعى عليه الممتنع عن الإنفاق بحجة مرضه إلى لجنة طبية لفحصه، وبيان الحالة الصحية له، وقدرته على العمل، لمعرفة هل امتناعه عن الإنفاق بعذر أم من دون عذر"[٢].

ثانيًا: إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة

إنّ مصدر حرمان النفقة في هذه الفقرة هو غياب الزوج أو فقده أو اختفاؤه أو حبسه، لأنّ كلًّا من هذه الحالات يكون الزوج غائبًا عن زوجته، فإذا تعذر الحصول على النفقة من مال الزوج بكافة الطرق، أو لم يكن له مال أصلًا، تستطيع الزوجة الإنفاق منه، أو لم يقم أحدٌ من أهل الزوج أو أقاربه دفع النفقة، ففي هذه الحالة أباحَ القانون للزوجة طلب التفريق، وذلك لأن الزوجة التي غابَ عنها زوجها، ولم يترك لها نفقة تساعدها على الحياة والبقاء تتضرر ضررًا كبيرًا، فقد تكون لا تستطيع العمل للإنفاق على نفسها، أو على أطفالها[٣].

ونص المادة (٤٣) الفقرة (٨) له شقان: الشق الأوّل يتعلق بالزوج الذي يتغيب أو يختفي أو يفقد، ويبلغ بالصحف المحلية[٤]؛ فللزوجة أنْ تطلب التفريق من زوجها لتعذر الحصول على النفقة منه، فهي لا

---

(١) عبد القادر إبراهيم وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص٢٣٢؛ عباس زياد السعدي ومحمد حسن كشكول، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، من دون دار نشر، ولا مكان، ١٩٩٤م، ص١٨١.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٢٣٤٤/ شخصية/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٨/١، غير منشور.

(٣) علاء الدين خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٢م، ص١٠٣.

(٤) وهذا ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية: "إنّ المحكمة قررت تبليغ المميز المعترض عليه بواسطة الصحف المحلية قبل إنْ تستفسر من جهة ذات الاختصاص أنّ لديه محل إقامة أو مسكن معلوم أو لم يكن موجودًا؛ ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ١٨٩/ش/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١/١٨، غير منشور.

تطالب بالنفقة هنا وفق نص المادة (٢٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي[١]، بل تطلب التفريق لعدم الحصول على النفقة من زوجها، ولعدم وجود مال ظاهر تنفق منه، وعلى الزوجة أنْ تثبت للمحكمة أنّ زوجها قد غاب أو فُقد أو اختفى عنها، ولم يترك لها مالًا ظاهرًا بالبينات المعتبرة. وعلى المحكمة تحليف الزوجة اليمين قبل الحكم بالتفريق، وفق الصيغة الآتية: "والله إنَّ زوجي فلان ابن فلان لم يترك لي نفقة ولا شيئًا من جنسها، ولم أكن ناشزًا ولا مطلقة انقضت عدتي". وفي قرار صادر عن محكمة الأحوال الشخصية في كربلاء" إنّ المدعية ادّعت أنّ المُدّعى عليه زوجها قد هجرها وتركها من دون نفقة، أو منفق شرعي وطلبت التفريق، وأصدرت المحكمة حكمًا غيابيًا بالتفريق القضائي بين المتداعيَّيْن"[٢]. وإنّ الدعوى واجبة الرد إذا تبين للمحكمة عكس ذلك[٣].

أما الشق الثاني من النص: فيتعلق بحبس الزوج مدة تزيد على السنة؛ فإذا حبس الزوج عن جريمة اقترفها مدة تزيد عن السنة، وتعذر على الزوجة تحصيل النفقة بأي وجه من الوجوه، فإنّ القانون قد أجاز لها أنْ تُقيم دعوى، وتطلب التفريق من زوجها المذكور.

وعلى المحكمة أنْ توجه الأسئلة إلى الزوجة والتأكد من المحكمة التي حكمت على الزوج أو من السجن الذي سجن فيه، واكتساب القرار الدرجة البتات، فإذا ثبت أن المدة المحكوم بها الزوج تزيد على السنة، أباح القانون للزوجة طلب التفريق[٤].

ثالثًا: إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يومًا من قبل دائرة التنفيذ

وسع قانون الأحوال الشخصية العراقي من دائرة إنهاء عقد الزواج، إذ استحدث في الفقرة التاسعة من المادة الثالثة والأربعين سببًا من أسباب التفريق يعطي للزوجة حق في طلب حل الرابطة الزوجية، وهو النفقة المتراكمة أو الدين المتراكم، وذلك في القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨. وقد عرّفت محكمةُ التمييز النفقةَ المتراكمةَ بأنَّها النفقة المجمدة لعدة شهور، وليس النفقة الماضية[٥]، أو النفقة المتجمدة بعد

---

(١) إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى أو تغيب أو فقد حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى، أي بعد إقامة البينة على الزوجية وتحليف الزوجة بأنّ الزوج لم يترك لها نفقة وأنَّها ليست ناشزًا ولا مطلقة انقضت عدتها، ويأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة.

(٢) قرار محكمة الأحوال الشخصية في كربلاء، في العدد ٧٢٣٤/ش/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٣/١١/٢٨، غير منشور.

(٣) عبد القادر إبراهيم وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص٢٣٣.

(٤) علاء الدين خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مرجع سابق، ص١٠٧.

(٥) الوقائع العدلية، مجلة نصف شهرية تصدر عن المكتب الإعلامي القانوني لوزارة العدل، بغداد، العدد (٣)، ١٩٨٧م، ص٧٧.

تنفيذ الحكم لدى دائرة التنفيذ وليس المتراكم قبل الحكم، لأن المقصودُ هنا رفعُ الضرر عن الزوجة بتحصيل النفقة المطلوبة للمعيشة، ولضمان تحصيل دين النفقة[١].

وإذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة بعد صدور حكم من المحكمة المختصة، وفتح إضبارة تنفيذية لدى دائرة التنفيذ، وتنفيذ الحكم الصادر من قاضي محكمة الأحوال الشخصية عند المنفذ العدل في دائرة التنفيذ، وبعد مضي مدة ستين يومًا[٢]، ولمْ يدفع الزوجُ النفقةَ المحكوم بها حتى تراكمت، أو أو وجود حكم مستقل بنفقة متراكمة لمدة معينة، عند ذلك يُمهل الزوج المدين عند عدم الدفع من قبل المنفذ العدل المدة المذكورة، فإنْ سدد المتراكم تبرأ ذمتُه وتُردّ دعوى التفريق. ففي قرار صادر عن محكمة التمييز الاتحادية نقضت فيه قرار محكمة الأحوال الشخصية، وذلك عندما ردت دعوى المدعية التي طلبت التفريق لعدم الإنفاق وفق المادة (٤٣) الفقرة (٩)، إذ جاء في القرار: "كان المتعيّن على المحكمة إمهال المُدّعى عليه بدفع النفقة إلى زوجته المميزة، فإذا انتهت المهلة التي حدّدتها المحكمة للمُدّعى عليه، وامتنع عن دفع النفقة المحكوم بها من دون عذر شرعي، فإنّ شروط أحكام المادة التي استندت إليها المدعية في طلب التفريق تكون متوفرة، وتحكم المحكمة وفق الادعاء. أمّا إذا قام المُدّعى عليه بدفع تلك النفقة خلال المدة المحددة له من المحكمة، أو كان امتناعه عن الإنفاق بعذر مشروع، فإنَّ الدعوى المميزة تكون لا سند لها في الشرع والقانون، ويقتضي من المحكمة الحكم بردِّها"[٣].

أما إذا امتنع الزوج عن التسديد رغم إمهاله، فتحكم المحكمة بالتفريق بينهما؛ لأن الزوج كان متعنتًا، وكان قصده الإضرار بالزوجة لعدم تسديده هذه النفقة التي فُرِضت لها من قِبل المحكمة لتدبر أمور معيشتها؛ ففي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه: "لا يُحكم بالتفريق لمجرد عدم حضور المُدّعى عليه لغرض تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها، بل يجب إمهال الزوج من قبل دائرة التنفيذ مدة ستين يومًا لأغراض دعوى التفريق، فإنْ رفض التسديد بعد ذلك الإمهال، كان رفضه سببًا للحكم استنادًا لأحكام المادة (٤٣) الفقرة (٩) من قانون الأحوال الشخصية لاسيما وأن وكيل المدعى عليه دفع بأنّ موكِّله معتقل لدى القوات الأمريكية"[٤].

---

(١) عباس زياد السعدي، الطلاق وأحكامه وآثاره، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠٠٢م، ص٩٣.

(٢) إنّ جهة الإمهال في الفقرة السابعة هي المحكمة أمّا في الفقرة التاسعة فإنّ جهة الإمهال هي دائرة التنفيذ، ويؤخذ على المشرع العراقي في الفقرة الثامنة أنه لم يُحدّد مدة التغيب أو الفقدان بينما حدّد مدة الحبس بمدة تزيد على سنة.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٣٤٢٢/ش١/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١١/١٩؛ ينظر: دريد داود سلمان الجنابي، الأحوال الشخصية في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ج٣، مرجع سابق، ص١٣٧-١٣٨.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد٤٢٦١/ شخصية أولى/ ٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٠/٢١م؛ ينظر: رزاق جبار علوان، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية- قسم الأحوال الشخصية، ج٢، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١١م، ص٢٩٧.

وفق ما تقدّم، يُشترط على الزوجة للتفريق بيها وبين زوجها لعدم الإنفاق توفر ما يأتي:

١- تقديمُ طلبٍ إلى القاضي.

٢- منحُ الزوج أجلًا لتسديد النفقة[١].

٣- تعذّر تحصيل النفقة من مال الزوج أو من مال غيره.

٤- حرمان الزوجة من النفقة من دون عذر، وأنْ تكون الزوجة مستحقة للنفقة، وعقد الزواج صحيح وثابت شرعًا، بالإضافة إلَّا تكون الزوجة ناشزًا.

ويعتبر التفريق لعدم الإنفاق طلاق بائن بينونه صغرى[٢].

المطلب الثاني: الأسباب المعنوية

لقد حرصَ الإسلام على غاية من الغايات ألا وهي استمرار الحياة الزوجية، وجعل الصلة بين الزوجين من أقدس الصلات وأوثقها، وعقد الزوج إنما يعقد للتأبيد والدوام، إلّا أنه قد يعتري الحياة الزوجية ما يمنع استمراها وتحقيق المقصود منها، كالنسل وقضاء الغريزة وغيرها.

وبما أّن الطلاق بيد الرجل يستخدمه إذا أراد، باعتبار العصمة بيده، إلّا أنّ الإسلام وفّر الحماية للزوجة بما تملك به نفسها، ويخلّصها من ظلم الزوج ورفع الضرر الواقع عليها، إذ أن إنهاء العلاقة الزوجية يصدر بشأنها حكم قضائي ينهي هذه العلاقة وزوالها، وإنقضاء الرابطة العقدية بين الزوجين، مع الإشارة إلى أنَّ هذا الإنهاء قد يكون ناتجًا عن أثرٍ مباشرٍ للحكم القضائي، وقد يكون ناتجًا عن أثرٍ متراخيٍّ للحكم القضائي؛ فهذا الاخير يستغرق وقتًا تمليه الظروف والملابسات الخاصة بسبب الإنهاء، وبالتالي قسمنا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الأسباب المباشرة

الفرع الثاني: الأسباب غير المباشرة

الفرع الأول: الأسباب المباشرة

الأسباب المعنوية المباشرة تكون بسبب تضرر الزوجة بصورة مباشرة، كما في حالة ضرب الزوج لزوجته أو إهانتها أو بسبب حصول الخلافات بينهما أو بسبب ارتكاب الزوج الخيانة الزوجية؛ فيترتب جراء ذلك إضرار تصيب الزوجة، وسنبين في ما يلي هذه الأسباب بعد تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين:

أوّلًا: استحالة استمرار الحياة الزوجية للضرر والشقاق.

ثانيًا: ارتكاب الزوج الخيانة الزوجية.

---

(١) الفقرة (٧، ٩) من المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدَّل.

(٢) المادة (٤٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدَّل.

أوّلًا: استحالة استمرار الحياة الزوجية للضرر والشقاق

الأسرة عماد المجتمع، وركنا هذه الأسرة هما الزوجان، وقد اعتنى الشرع بكل ما يدعو إلى الألفة والمحبة والسكينة بينهما، وحذّرهما من الشحناء والبغضاء، وحرّم عليهما مجاوزة حقوقهما أو تعدّي أحدهما على الآخر.

قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[١]، وقال رسول الله(ﷺ): "أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا وخياركم خياركم لنسائهم"[٢]. وأجمع العلماء على أنه لا يجوز أنْ يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة، وأنْ لا يؤذيها بالقول؛ وهذه المبادئ قررها الإسلام. قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِى عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[٣].

ومع هذا جعلَ الإسلام للزوج حق تأديب زوجته، إذا خالفته، ولم تطعه في ما يجب عليه طاعته شرعًا، ولكن إذا تجاوز هذا التأديب حدّه على نحو يسيء للزوجة، ويؤذيها في المعاشرة بالقول أو بالفعل، بأنْ كان يضربها ضربًا مبرحًا، أو يشتمها، أو يحملها على فعلٍ غير مباح شرعًا، أو يتناول المسكرات والمخدرات داخل دار الزوجية، إذ أنه ليس من الحكمة إرغام طرف على استمرار كيان زوجي هشّ لا تسوده الألفة والمحبة والانسجام، فقد يؤدي إلى عواقب وخيمة تعصف بنظام الأسرة وتمتد إلى الأولاد[٤]، وفي مثل هذه الحالة هل يجوز للمرأة أنْ تطلب التفريق من المحكمة أم لا، قبل الدخول في هذا الموضوع في هذه الحالة لا بدّ من معالجة عائلية بين الزوجين لمحاولة الصلح بينهما.

وبناءً على ذلك، سنتناول في هذه الفقرة، تعريف الشقاق، وبعث الحكمين، والشروط الواجب توفرها فيهما، ثم نتناول موقفَ الشريعة الإسلامية في حق المرأةِ طلبَ حلِّ الرابطة الزوجية للشقاق والضرر، وأخيرًا موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي.

١- تعريف الشقاق والضرر

فالشقاق لغةً: هو من شقّ: صَعُب. وشقّ على فلان: أوقعه في المشقة، ويقال: شقّ عصا الطاعة، خالف وتمرد. وشق عصا الجماعة: فرق كلمتهما. وشاقة خالفه وعاداه، وأيضًا الخلاف والعداوة[٥].أما الشقاق في الاصطلاح: ظهور الخلاف الشديد المستحكم المؤدي إلى عدم إمكانية استمرار

---

(١) سورة النساء، الآية ١٩.

(٢) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، دار الحديث، مصر، ١٩٩٣م، ص٢٤٥.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

(٤) حسين خلف الجبوري، فرق النكاح وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية، مطبعة الحرية، بغداد، ١٩٧٤م، ص١٠٩.

(٥) أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، ج٣، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٧٩م، ص١٧٠-١٧١؛ زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص١٦٧.

الحياة الزوجية بين الزوجين[١].

أما الضرر في اللغة: فهو خلاف النفع، وهو الأذى والخسارة[٢]. وفي الاصطلاح المراد بالضرر: هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل، كالضرب المبرح أو الشتم المقذع أو حملها على ارتكاب محرمٍ أو العمل على ابتزاز مالها[٣].

٢- بعث الحكمين وعملهما

في حال حصول خلاف وشقاق بين الزوجين فقد رسم القرآن الكريم طريقةً لمعالجة حالة اعتداء أحدهما على الآخر، سواء بفعل الضرب أو بالكلام كالشتم والإهانة والسب، وكيفية معالجة هذه الحالات التي تحصل بينهما وكيفية منع استمرارها[٤]، بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقْ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾[٥].

إنَّ اللفظ القرآني يشير إلى أنّ التحكيم واجب لأنَّ الفعل "فابعثوا" جاء بصيغة الأمر، قال الشيخ الحر العاملي في تفسير﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾: إنّ ظاهر الأمر هو الوجوب[٦]؛ وقال الشيخ محمد أبو زهرة: "قال جمهور الفقهاء: "إنّ التحكيم واجب وجوبًا حتميًّا لا يصح التفريط فيه، ومن يوم فرطنا فيه بدأ الكلام في شأن الطلاق"[٧]، ويقول بعض المفسرين: "وإن المخاطب بقوله تعالى: ﴿و وَإِنْ خِفْتُمْ﴾ هو الحاكم، فإذا علمَ الحاكم أنّ هناك خلافًا فيجب عليه أنْ يرسل حَكَمًا من أهل الزوج، وحَكَمًا من أهل الزوجة للإصلاح بينهما، لأن الحاكم هو المسؤول والمكلف عن مصالح العباد؛ ومن مصلحة المجتمع تقوية الأسرة بعد ظهور الخلافات بين أفرادها[٨]، وسبب اختيار الحَكَمَيْن من أهل الزوجين؛ أنهما أعلم وأكثر اطلاعًا وأعرف بمصلحة الزوجين من الأجانب، وسبب حصول الخلافات بين الزوج وزوجته[٩].

---

(١) أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد- الزواج والطلاق، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢م، ص٢٤١.

(٢) مجد الدين أبو سعيدات المبارك، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج٣، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م ، ص٨٥.

(٣) محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، دار الحديث، القاهرة، ٢٠١٠م، ص٣٠٠.

(٤) عادل عبد الرزاق القره غولي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩م، ص٢١٢.

(٥) سورة النساء الآية ٣٥.

(٦) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مؤسسة الأعلمين للمطبوعات، بيروت، من دون سنة نشر، ص٤٣٠.

(٧) محمد أبو زهرة، شريعة القرآن من دلائل إعجازه، دار العروبة، القاهرة، ١٩٦١م، ص٣٦.

(٨) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٦م، ص٧٥٤-٧٥٥.

(٩) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص٤٣٠.

أما مهمة الحَكَمَيْن فهي الإصلاح بين الزوجين، وتقريب وجهات النظر فيما بينهما بعد أنْ يعرف كلٌّ منهما سبب النزاع من صاحبه، ومن ثم يجتمع الحَكَمان ويقرران فيما بينهما، ما يجب اتخاذه لعود الصفاء والمودة إلى الزوجين حفاظًا على الأسرة من الانحلال والتفكك[١].

أما الشروط الواجبة في الحَكَمَيْن فهي:

١- أنْ يكونا من أهل الزوجين ما أمكن ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾، فإنّ كانا من الأهل، كان احتمال الإصلاح أكبر، لعلمهما ببواطن الأمور، وأطيب للإصلاح، وأشفق عليهما وحرصًا على مصلحتهما، ونفوس الزوجين أسكن إليهما، وهذا باتفاق العلماء[٢].

٢- أنْ يكونا مسلَمْين، بالغَيْن، عاقلَيْن، لأن مهمتهما تحتاج إلى رأيٍّ وإعمال النظر، فلا يجوز أنْ يكونا قاصرَيْن أو فاقدَيْ العقل، فيجب أنْ يكونا عالَميْن محل الخلافات الزوجية في الجمع والتفريق وما يترتب على ذلك[٣].

٣- واشترط بعض الفقهاء الذكورة؛ لما يمتاز به الرجال عادة من التأّني والصّبر، وحسن التدبير والتفكير[٤].

٤- واشترط فقهاءُ الجعفريةِ والحنابلةِ الحريةَ، وقالوا يجب أنْ يكون الحكمان حرّين، لأن الحَكَمَ لا يجوز أنْ يكون عبدًا[٥].

٥- اشترط المالكية والشافعية أنْ لا يكون بين أحدهما وبين أحد الزوجين عداوة، دفعًا للتهمة[٦].

٣- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

اتّفق فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب بعث الحكمَيْين إذا حدث شقاق بين الزوجين، من أجل إصلاح ذات البين، فإذا لم تفلح الإجراءات الوقائية لوأد الشقاق، اختلف الفقهاء من جواز التفريق بين

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج٢، مرجع سابق، ص٧٥٧.

(٢) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص٤٣٠؛ كمال الدين محمد ابن همام، فتح القدير، ج٤، دار الفكر، بيروت، من دون سنة، ص٢٤٤.

(٣) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص٤٣٢؛ ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٢١.

(٤) محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج٤، مصدر سابق، ص٨؛ ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٢١.

(٥) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مصدر سابق، ج٥، ص٤٢٣؛ ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٢١.

(٦) أبو بركات أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج٤، مصدر سابق، ص١٩٨؛ أبو الحسن علي الماوردي، الحاوي الكبير، ج٩، مصدر سابق، ص٦٠٥.

الزوجين على رأيَيْن:

الرأي الأول: لا يعتبر الشقاق سببًا للتفريق، وإنْ اشتد الخصام، وتتمثّل مهمة الحكمَيْن في بذل الجهد المستطاع للإصلاح والتوفيق وتقريب وجهات النظر بين الزوجين، وليس لهما حق التفريق إلّا إذا كانا وكيلَيْن عنهما، وأصحاب هذا القول هم كلٌّ من الحنفية[١] والشافعية في قول[٢]، والجعفرية في قول[٣]، والحنابلة في رواية[٤].

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة، منها:

أ- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقْ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[٥].

ووجه الاستدلال بهذه الآية أنّ مهمة الحكَمَيْن هي الإصلاح بين الزوجين، كما نص على ذلك القرآن الكريم بقوله: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصلاحًا يُوَفِّقْ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾، إذ لم يقل القرآن الكريم إنْ يريدا الفرقة، لذلك لا يملك الحكمان التفريق بين الزوجين إلّا بإذنهما[٦].

ب- ما روي عن الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه جاءه رجل وامرأة، ومعهما جَمْعٌ من الناس، فسألهم علي عن شأنهما، فقالوا: بينهما شقاق، فقال: فابعثوا حَكَمًا من أهله وحكمًا من أهلها، إنْ يريدا إصلاحًا يوفق الله بينهما.

ثم قال للحكمَيْن: أتدريان ما عليكما؟ عليكما إنْ رأيتما أنْ تجمعا أنْ تجمعا، وإن رأيتما أنْ تفرّقا أنْ تفرقا. فقالت المرأة: رضيتُ بكتاب الله، وقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت والله لا تنفلت مني حتى تقر كما أقرت[٧].

وجه الاستدلال أنّ الحَكَمْين لا يستطيعا أنْ يحكما إلّا بتوكيلٍ من الزوجين، ورضًا منهما، ولهذا أمر عليٌّ الزوجَ أنْ يقبل التحكيم، فلو لم يكن ذلك لِما طلب منه الإمام علي الموافقة على التحكيم، وهذا دليل على أنّ الحكمَيْن ليس لهما أي سلطةِ تفريقٍ إلّا بتفويضٍ من الزوجين[٨].

---

(١) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٣م، ص٤٢٧.

(٢) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٩٤م، ص٤٢٩.

(٣) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص٤٣٢؛ قوله: "وإن اتفقا على التفريق لم يصح، إلا بإذن الزوج في الطلاق، وإذن الزوجة في البذل".

(٤) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٢٠.

(٥) سورة النساء، الآية ٣٥.

(٦) الحسن بن يوسف الحلي، مختلف الشيعة، ج٧، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٨هـ، ص٤٠٦.

(٧) أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج٧، مصدر سابق، ص٤٩٨، رقم الحديث ١٤٧٨٢.

(٨) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج٢، مرجع سابق، ص٧٦١.

ج- ما روي عن محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن حماد، عن الحلبي، عن أبي عبدالله (عليه السلام)، قال: سألته عن قول الله عز وجل: ﴿ فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾؟ قال: ليس للحكمَيْن أنْ يفرّقا حتى يستأمرا الرجل والمرأة، ويشترطان عليهما إنْ شاءا جمعا، وإنْ شاءا فرّقا، فإنْ جَمَعا فجائز، وإنْ فرّقا فجائز[١].

د- الحكمان وكيلان لا يملكان التفريق إلّا بإذن الزوجين، لأن الطلاق إلى الزوج، وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلّا بإذنهما[٢].

القول الثاني: اعتبر الشقاق سببًا للتفريق بين الزوجين، وأن الحاكم أو للحكمين يملكان سلطة إيقاعة إن رأيا دون رضا الزوجين، وعلى الحكمَيْن أنْ يجتهدا في الإصلاح، فإنْ تعذر ذلك فرّقا بينهما بعوض وغير عوض، ولا يحتاج إلى توكيل الزوجين أو رضاهما، والقاضي يقضي بما يريانه دون تعقيب على الحكم أو نقضه وإنْ خالف مذهبه، ويقتصر التفريق على طلقة واحدة لأن هذا التفريق للضرورة. والضرورات تقدر بقدرها، وهذا ما ذهب إليه المالكية[٣]، والشافعية في قول[٤]، والجعفرية في قول[٥]، والحنابلة في رواية[٦].

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة، منها:

أ- قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾، وقوله: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا﴾[٧]. قال ابن العربي: "هذا نص من الله سبحانه وتعالى في أنهما قاضيان لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنىً، وللحَكَمِ اسم في الشريعة والمعنى، فإذا بيّن الله سبحانه كلَّ واحدٍ منهما، واحلال أحدهما محل الآخر تلبيس، وإفساد للإحكام[٨].

ب- في قوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا﴾، أسند إلى الحكمين الإرادة وليس لغيرهما، فإن كان المقصود الوكلاء، فإن الوكيل يلزم بما يرسمه له موكله فقط، دون تجاوز على ذلك، وبحدود ما وكل به[٩].

---

(١) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج٢١، مصدر سابق، ص٣٤٨.

(٢) أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج٢، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩م، ص٢٣٣.

(٣) أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٣، مصدر سابق، ص٥٤٩ وما بعدها؛ محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج٢، دار الفكر، بيروت، ١٤١٧هـ، ص٣٤٤؛ أبو بركات أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج٢، مصدر سابق، ص٥١٤.

(٤) أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤م، ص٣٠٨.

(٥) يستطيع الحكمين التفريق بين الزوجين إذا اشترطا على الزوجين بأن الأمر أمرهما، إن شاءا جمعا، وإن شاءا فرقا؛ ينظر: علي السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣، من دون دار ولا مكان ولا سنة نشر، ص١١٠، مسألة رقم٣٦٣؛ محمد حسين فضل الله، فقه الشريعة، ج٣، مصدر سابق، ص٥١٦.

(٦) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٢٠.

(٧) سورة النساء، الآية ٣٥.

(٨) محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م، ص٥٣٩.

(٩) أحمد حسن الطه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاءً، مرجع سابق، ص٨٥.

ج- إنَّ الله أمر الزوج بقوله: ﴿فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسانٍ﴾، فإذا حصل الشقاق تَعيّن التسريح؛ لأنه أوقع النفور والنشوز بين الزوجين، وحاول الحكمان الإصلاح فلم يصلا إلى نتيجة، لذلك يستلزم التفريق بين الزوجين ولو من دون رضا الزوجين[١].

د- ولأنَّه وقع شقاق، وأَشبه الظالم منهما، فجاز التفريق بينهما من غير رضاهما، كما في القذف واللعان بين الزوجين[٢].

ومن جانبنا نرى، ان الشقاق يصلح سببًا للتفريق، إلّا إننا نؤيد أنّ الحكمَيْن لا يملكان سلطة إيقاع الطلاق، فمهمتهما الإصلاح فقط، لا سيما وأنّ أحدهما من أهل الزوج، والآخر من أهل الزوجة، فلا يمكن لهما الاتفاق على إيقاع الطلاق، فلا بُدّ من أنْ يتركا الأمر للقاضي باعتباره جهة محايدة.

٤- موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

لم يفرّق قانون الأحوال الشخصية بين الضرر والشقاق قبل التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي، إذ جاءَ الضرر والشقاق بنص واحد، وهو نص المادة (٤٠) الفقرة (١) "إذا ادّعى أحدُ الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة، أو ادّعى قيام شقاق بينهما، جاز له أن يطلب من القاضي التفريق". ولكن بعد تعديل القانون أُلغيت هذه المادة، وعُدلت بموجب القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨؛ إذ جاء التفريق للضرر في المادة (٤٠) فقرة (١)، أمّا التفريق للخلاف أو الشقاق فنصت عليه المادة (٤١) الفقرة (١).

بالإضافة إلى ذلك، ومن خلال قراءة فقرات المادتين (٤٠) و(٤١) فإنّ المشرّع لم يستوجب بَعْثَ حكمَيْن في حالةِ إذا أضر أحدُ الزوجين بالآخر، وهذا ما نصَّت عليه المادة (٤٠) المتعلقة بالضرر. أمّا في حالة حصول شقاق وخلافات بين الزوجين، فعلى المحكمة التحقق من وجود أسباب الخلافات ومن ثم تُعّين حكمًا من أهل الزوج، وحكمًا من أهل الزوجة إنْ وُجدا، لإصلاح ذات البين، وهذا ما نصَّت عليه المادة (٤١) الفقرة (٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي. بناءً على ما تقدّم، يتبيّن لنا أنّ التفريق للضرر والشقاق له حالتان: حالة في ما إذا أضرّ أحدُ الزوجين بالآخر، وحالة إذا قام شقاق بينهما، لأجله يأتي تقسيم هذه الفقرة على الترتيب الآتي:

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج٢، مرجع سابق، ص٧٦٥.
(٢) أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج٢، مرجع سابق، ص٢٣٣-٢٣٤.

الحالة الأولى: في حالة إضرار أحد الزوجين بالآخر

نص قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل في المادة الأربعين الفقرة (١) "لكلٍّ من الزوجين طلبُ التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية:

"إذا أضر أحد الزوجين بالآخر، أو بأولادهما ضررًا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ويعتبر من قبيل الإضرار، الإدمانُ على تناول المسكرات والمخدرات، على أنْ تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية مختصة، ويُعّد من قبيل الإضرار كذلك ممارسةُ القمار في بيت الزوجية".

من خلال تحليل النص أعلاه، يحق للزوجين طلب التفريق إذا ألحق الزوج بالآخر ضررًا يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية، فيحق للزوجة طلب التفريق إذا أساء الزوج لها أو لأولادها، بحق من الحقوق قولًا أو فعلًا، كأنْ يضربها ضربًا مبرحًا، أو يشتمها، أو يتّهمها بما يخل بسمعتها وشرفها، أو يكرهها على فعل شيء لا تبيحه أحكام الشرع والقانون[١].

ويحق للزوجة إثبات هذا الضرر بكافة طرق الإثبات حيث نصَّت المادة (٤٤) منه على أنه: "يجوز إثبات أسباب التفريق بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع إذا كانت متواترة، ويعود تقديرها إلى المحكمة وذلك باستثناء الحالات التي حدّد القانون وسائل معينة لإثباتها"[٢].

فالمعيار الذي يجيز للزوجة طلب التفريق من القاضي، وصَفهُ النصّ بأنَّه يتعذر استمرار الحياة الزوجية، وتعذُّر استمرار الحياة الزوجية معيارٌ شخصيٌّ يختلف من زوجة لأخرى، باختلاف البيئة والثقافة والعمل والوسط الاجتماعي، لذلك اشترط القضاء أنْ يكون الضرر للتفريق ضررًا خاصًّا ناشئًا عن الخلافات، أو عن تنافرٍ لازمٍ بين الزوجين، غير قابل للزوال، ولا تستطيع معه الزوجة الاستمرار بالحياة الزوجية[٣].

وبذلك يكون قانون الأحوال الشخصية في هذه المسألة قد أخذ برأي المالكية، وأحد قولي الشافعية والحنابلة والجعفرية؛ إذ ذهب المشرّع: إذا تضرّر أحدُ الزوجين بالاعتداء من الآخر، ورَفَعَ أمرَه إلى القاضي، فعلى القاضي أنْ يتحقق من أسباب الضرر، ويسعى في إصلاحه، ويحاول قدر الإمكان إزالته من خلال إحالتهما إلى الباحث الاجتماعي[٤] قبل البتِّ في الدعوى، وإنْ لم يتراضيا، يقوم القاضي بتأجيل

---

(١) محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٣٠٩-٣١٠.

(٢) المادة (٤٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدَّل.

(٣) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١م، ص١٠٥.

(٤) تم تفعيل مكاتب الباحث الاجتماعي في محاكم الاحوال الشخصية وذلك بإصدار قواعد تنظيم عمله، والخطوات التي =

الدعوى مدة مناسبة[١] – إذ لا يصح التسرع في هدم الأسرة – ويمكن للقاضي، وعلى الرغم من أنّ المشرّع لم ينص على ذلك من دون عذر مبرر، أيضًا إرسال حكمَيْن لهذه المهمة إذا كان الضرر يمكن إصلاحه، وإن تعذّر الإصلاح فرّق القاضي بينهما[٢].

والملاحظ أنّ المشرع العراقي لم يقم بتسمية الأضرار التي يمكن أنْ يستند عليها القاضي، حتى في التفريق للضرر إذا أضرّ الزوجُ بزوجته، واعتبرها مسألةً موضوعيةً يُترك تقديرُها للمحكمة؛ فالمهم أنْ يكون أكثر من الشقاق والخلاف الحاصل بين الزوجين، وعلى الرغم من عمومية النص، إلّا أنّ المشرّع أدرج حالتَيْن فيه على سبيل المثال لا الحصر، والتي من خلالها يحق للزوجة طلب التفريق عن زوجها: "ويعتبر من قبيل الإضرار الإدمانُ على تناول المسكرات والمخدرات، على أنْ تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية مختصة؛ ويعد من قبيل الإضرار كذلك ممارسةُ القمارِ في بيت الزوجية".

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في قرارٍ صادرٍ عنها، إذ جاء فيه: "طلب التفريق لإدمان الزوج على تناول المسكرات لا يثبت إلّا بتقرير لجنة طبية رسمية مختصة"[٣]؛ وفي قرار آخر صادر عنها: "إذ وجدت المحكمة التمييز أنّ الحُكمَ بردّ دعوى المدعية بالتفريق للضرر، كان موافقًا للقانون، حيث لم يثبت إدمان المدعى عليه (الزوج) على تناول الكحول، ولم يثبت بقيامه بالاعتداء عليها"[٤]. فالقاضي لا يفرّق إلّا إذا ثبت وجودُ ضررٍ، ونقصد هنا بالضرر هو الضرر الجسيم. أمّا إذا كان الضرر غير جسيم، ويمكن تجاوزه بالتسامح والتعاون، فعلى القاضي ردّ الدعوى. وهذا ما جاء بقرار محكمة

عليها اتباعها في أداء مهمته، ومن أهم هذه القواعد إحالة حالات الطلاق وبعض الدعوى الأخرى التي يقيمها أحد الزوجين اتجاه الأخر إلى مكتب البحث الاجتماعي، قبل نظرها من قبل المحكمة والسير في إجراءاتها، لتقريب وجهات النظر بين الزوجين؛ ينظر في هذا الصدد، ضياء كاظم الكناني، دور الباحث الأجتماعي في الحد من ظاهرة الطلاق، مقالة منشورة على الموقع مجلس القضاء الأعلى العراقي على الإنترنت:
http: //www.iraqja.iq/view.943، آخر زيارة: ٢٠١٤/١١/٧.

(١) ففي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه: "عند ترجيح البينات، على المحكمة أنْ تبيّن أسباب الترجيح في المحضر، وقبل الحكم بالتفريق، يجب إحالة الطرفين إلى الباحث الاجتماعي"؛ قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ١١٩٨/ شخصية أولى/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٣/١٦؛ ينظر: النشرة القضائية تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية– مجلس القضاء الأعلى، بغداد، العدد (١١)، آذار، ٢٠١٠م، ص١٠.

(٢) عبد القادر إبراهيم علي وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص١٧١.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ١٢٣٨/١٢٣٧/ شخصية أولى/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٣/١٥؛ ينظر: النشرة القضائية تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية– مجلس القضاء الأعلى، بغداد، العدد (١٣)، آذار، ٢٠١٠م، ص١٣.

(٤) قرار محكمة تمييز الاتحادية في العدد ١١٢٨/ش/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٣/٦، غير منشور.

التمييز: "إنّ الضرر المُدّعى به لا يُعتبر ضررًا (جسيما) يتعذّر معه استمرار حياة المتداعين الزوجية وفق المادة (٤٠) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مما يقتضي على المحكمة ردّ دعوى المُدّعي، وهذا ما قضت به محكمة الموضوع في حكمها"[١].

ويعتبر من قبيل الإضرار، ضربُ الزوجة دون عذر مبرر، وبما أنّ الشرع والقانون قد أباحا للزوج ضربَ زوجته، ولكن وضع حدودًا، وهي الخوف من نشوز الزوجة، إذ جاء بتشريع يهذّب منها ويضيق من نطاقها، حتى تغدو وسيلة إصلاحية تهذيبية لصنف معين من النساء، ولم تُشرّع هذه العقوبة إلّا بعد فشل وسيلتين، وهما: الوعظ والهجر في المضجع، فالشرع والقانون أباحا الضرب غير المبرح، غير المؤذي، والخالي من الإذلال والتحقير، ومصحوبًا بالعاطفة وهادفًا لإصلاح الزوجة، وضمان عدم خروجها عن الطاعة، فإن حصل الضرب خلاف ذلك الغرض، ووصل إلى حدِّ الإهانة والهلاك بقصد الانتقام، فإنّ الزوج سيء النية، ويحق للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق[٢]. ومن تطبيقات القضاء العراقي بهذا الشأن، ما قضت به محكمة التمييز: "إنّ الثابت من البينة الشخصية والتقرير الطبي الصادر عن المستشفى، أنّ الزوج قد اعتدى على زوجته المميزة المدعية، وهذا الاعتداء سبَّبَ لها أضرارًا جسمية مختلفة، تخرج عن حق الزوج في تأديب زوجته، والمقرر شرعًا وقانونًا وحيث أنّ اعتداء الزوج على زوجته بالضرب غير المألوف يعتبر ضررًا جسيمًا يتعذر معه استمرار حياتهما الزوجية وفق المادة (٤٠) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية"[٣].

ويُعتبر الضرر متحققًا في حال توجيه الطعن إلى الزوجة بشرفها وكرامتها واتهامها بالخيانة الزوجية، حتى وإنْ تنازل الزوج عن شكواه أمام محكمة التحقيق، وهذا يعتبر ضررًا وأذىً لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية[٤]، ويُعدّ أيضًا من قبيل الإضرارِ إجبارُ الزوج زوجته على ارتكاب فعل يؤثر عليها معنويًّا وماديًّا، وهذا ما جاء في قرارٍ لمحكمة التمييز: "إجبار الزوج على بيع زوجته لكليتها يشكل ضررًا لها يوجب التفريق"[٥].

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٣٠٦٦/ شخصية أولى/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١٠/٢٦؛ ينظر: رزاق جبار علوان، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، قسم الأحوال الشخصية، ج٢، مرجع سابق، ص٣١٢.

(٢) زينب عبد السلام أبو الفضل، العرض القرآني لقضايا النكاح والفرقة، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص٣٦٥-٣٦٦.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٣٤٦٦/شخصية أولى/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٧/٢٧، جبار علوان، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية- قسم الأحوال الشخصية، ج١، مرجع سابق، ص٢٤٨.

(٤) سالم رضوان الموسوي، تطبيقات القضاء العراقي في قانون الأحوال الشخصية، من دون دار نشر، بغداد، ٢٠١١م، ص٨١.

(٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٢٤٠٠/هيئة شخصية أولى/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٦/٢٩؛ ينظر: فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الأحوال الشخصية، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١١م، ص١٦٢.

بالإضافة إلى ذلك فإنّ التفريق للضرر قد يحدث بسبب زواج الزوج بزوجة ثانية، لذا قام قانون الأحوال الشخصية العراقي بتنظيم هذه المسألة، ووضع لها نصوصًا، وعلى النحو الآتي:

نصت المادة الثالثة في فقراتها (٤ و٥ و٦ و٧) على أنه:

٤- لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلّا بأذن القاضي، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين الآتيين:

أ- أنْ تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة.

ب- أنْ تكون هناك مصلحة مشروعة.

٥- إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، فلا يجوز التعدّد ويترك تقدير ذلك للقاضي.

٦- كلُّ من أجرى عقدًا بالزواج بأكثر من واحدة خلافًا لما ذكرناه في الفقرتين (٤، ٥) يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على السنة أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما.

٧- استثناء من أحكام الفقرتين (٤، ٥) من هذه المادة يجوز الزواج بأكثر من واحدة إذا كان المراد الزواج بها أرمله[١].

من خلال مطالعة النصوص أعلاه يتضح أن قانون الأحوال الشخصية العراقي قد وضع للزوج شروطًا وضوابط للزواج من زوجة ثانية، وهي أن تكون هناك مقدرة مالية، ومصلحة مشروعة، وأسباب مبررة، مثلا عندما تكون زوجته غيرة قادرة على الإنجاب، وثبت ذلك بتقرير طبي، فيكون للزوج حق طلب الزواج، بهدف الحصول على الأولاد؛ فهنا تكون للزوج مصلحة مشروعة، وهذا ما جاء في قرار لمحكمة التمييز: "إنّ قرار محكمة الموضوع غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، ذلك لأن الواجب التحقق من المصلحة المشروعة، وهل أنّ طلب الزواج بزوج ثانية هو طلب مشروع، ومن ثم البحث عن موارد الزوج الأخرى التي تحقق له المقدرة المالية للإنفاق على الزوجتين"[٢]. وأيضًا مسألة العدل بين الزوجات يترك تقديرها إلى القاضي، وهذا ما نصَّت عليه الفقرة (٥) من المادة (٣). وإذا خالف الزوج الفقرتين(٤) و(٥) يُعاقب بالحبس مدة لا تزيد على السنة، أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما. واستثناء من الفقرتين (٤) و(٥) يجوز للزوج أنْ يتزوج بأخرى إذا كان المراد بها أرملة[٣].

---

(١) التعديل السادس لقانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، وتم إضافة هذا التعديل بالقانون المرقَّم ١٨٩ لسنة ١٩٨٠.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٣٢٨١/شخصية أولى/ ٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١٠/٩؛ ينظر: دريد داود سلمان الجنابي، الأحوال الشخصية في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ج٣، مرجع سابق، ص١٢٤.

(٣) محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص١٦٠ وما بعدها.

وما يهم موضوعنا هو إذا ما تزوج الزوج بزوجة أخرى، وبدون حصول إذن من المحكمة بالزواج من زوجة ثانية، هل يحق للزوجة طلب التفريق إذا تزوج عليها زوجُها من دون علمها؟ إنّ قانون الأحوال الشخصية في الفقرة (٥) من المادة (٤٠) قد أعطى للزوجة حق طلب التفريق إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية من دون إذن المحكمة، ولا يحق لها تحريك الدعوى الجزائية بموجب الفقرة (١) من البند (أ) من المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٣٣ لسنة ١٩٧١[١] بدلالة الفقرة (٦) من المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

يتَّضح لنا ممّا تقدّم أنه يحق للزوجة طلب التفريق إذا تزوج الزوج بزوجة أخرى من دون إذن من المحكمة، ولا يحق لها إقامة دعوى جزائية ضد زوجها، إذ أنّ إقامة دعوى جزائية يسقط حقها في إقامة دعوى التفريق، وبهذا الصدد ذكرت محكمة التمييز: "إنّ المدعية حركت شكوى جزائية على زوجها لزواجه من زوجة ثانية، ووفق الأحكام القانونية فليس من حقها التفريق منه لهذا السبب"[٢].

ومن تطبيقات القضاء العراقي: "صادقت محكمة التمييز على قرار محكمة الموضوع الذي يتضمن التفريق بين المتداعيين، لأن المدعي– الزوج– قد تزوج بزوجة ثانية دون علمها"[٣].

وفي قرار آخر: "المادة (٤٠) الفقرة (٥) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، أجازت للزوجة حق طلب التفريق من زوجها في حالة زواجه من زوجة ثانية دون إذن من المحكمة المختصة"[٤].

وفي قرار: "أجازت الفقرة (٧) من المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية الزواج من أرملة دون إذن المحكمة، وفي هذه الحالة ليس للزوجة الأولى طلب التفريق بالاستناد إلى أحكام الفقرة (٥) من المادة (٤٠) من القانون المذكور لتعذر الجواز القانوني والشرعي"[٥].

---

(١) نص المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، "البند أ– لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية الا بناء على شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانونا في الجرائم الآتية: ١ – زنا الزوجية أو تعدد الزوجات خلافًا لقانون الأحوال الشخصية".

(٢) فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص١٧٢.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد٢٣٠٣/هيئة الأحوال الشخصية المواد الشخصية/٢٠١٣ في٢٠١٣/٣/٢٦، غير منشور.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ١٢٦٩/ شخصية أولى/٢٠٠٩؛ ينظر: النشرة القضائية تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية– مجلس القضاء الأعلى، بغداد، العدد الحادي عشر، آذار، ٢٠١٠م، ص٨.

(٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٢٩٤٥/شخصية أولى/٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٤؛ ينظر النشرة القضائية الصادرة عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية– مجلس القضاء الأعلى، العدد (١٣)، تموز، ٢٠١٠م، ص٧.

وفي قرار آخر: "صادقت محكمة التمييز على قرار محكمة الموضوع، برد دعوى المدعية، والسبب يعود إلى أنّ المدعية أقامت الدعوى بعد مرور أكثر من سنتين، مّما يُعّد ذلك فترة تراضٍ من قِبل المدعية، وتكون قد رضيت بهذا الزواج، وتكون دعواها فاقدة للسند القانوني وموجبة للرد"[١].

الحالة الثانية: في حالة حصول شقاق بينهما

نصَّت المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ على ما يأتي:

١- لكلٍّ من الزوجين طلبُ التفريق عند قيام خلاف بينهما، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده.

٢- على المحكمة إجراء التحقيق في أسباب الخلاف؛ فإذا ثبت لها وجوده تعّين حَكَمًا من أهل الزوجة وحَكَمًا من أهل الزوج، إنْ وجدا للنظر في إصلاح ذات البين، فإنْ تعذّر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بانتخاب حكَمَيْن فإنْ لم يتفقا انتخبتهما المحكمة.

٣- على الحَكَمَين أنْ يجتهدا في الإصلاح، فإنْ تعذّر عليهما ذلك رَفَعا الأمرَ إلى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره، فإنْ اختلفا ضمّت المحكمة لهما حَكَمًا ثالثًا.

٤- أ- إذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين، وعجزت عن الإصلاح بينهما، وامتنع الزوج عن التطليق فرقت المحكمة بينهما.

يتبيّن من خلال هذه النصوص أنّ قانون الأحوال الشخصية العراقي، اعتبر الشقاق بين الزوجين سببًا من أسباب التفريق، سواء كان الشقاق قبل الدخول أو بعده؛ فإذا حصل خلاف بين الزوجين يحقّ لكلٍّ من الزوجين اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق، فالخطوة الأولى يقوم القاضي وقبل البت في الدعوى بإحالة الزوجين إلى الباحث الاجتماعي، من أجل الصلح بينهما فإذا لم ينفع تتحقق المحكمة منهم؛ فإذا وجدت بعد التحقيق والاستيضاح منهما أنّ هناك خلافًا حقيقيًا، غير مستحكم لا يرقى إلى درجة التفريق، ففي هذه الحالة ترفض المحكمة الدعوى. أمّا إذا رأت المحكمة أنّ هناك خلافًا حقيقيًّا، فإنها تطلب من الزوجين تعيين حكَمَين من أهليهما إنْ وُجدا، فإذا تعذّر وجودهما كلفتهما المحكمة بانتخاب حكَمَيْن، فإنْ لم يتفقا انتخبت المحكمة حكَمَيْن[٢].

وإذا تعذّر على الحَكَمْين التوفيق بين الزوجين، وتبيّن لهما استحكام الخلافات بشكل يجعل

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد٧٢٦/هيئة الأحوال الشخصية والمواد المدنية/٢٠١٤، في ٢٠١٤/٢/١٩، غير منشور.

(٢) ضياء كاظم الكناني، انحلال الرابطة الزوجية في التشريع العراقي، من دون دار نشر، بغداد، ٢٠١٠م، ص١٦١.

الاستمرار في الحياة الزوجية عديم الجدوى، رَفَعا تقريرَهما إلى المحكمة ذاكرين الأسباب التي أدّت إلى حدوث الخلافات ونسبة تقصير كل من الزوجين، والطرف الذي كان سببًا في حدوثها، وبيّنا رأيهما في وجوب التفريق من عدمه؛ فإذا اختلف الحكمين في تقريرهم يحق للمحكمة انتخابَ حكمٍ ثالثٍ لها، وحينئذ يصدر القرار بالأكثرية، ويكون تقريره سببًا للحكم؛ فإذا رأت أن الشقاق مستحكم يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وعجزت المحكمة على إصلاحه، تكلف الزوج بإيقاع الطلاق لكون الطلاق حق من حقوق الزوج، فإنْ تعسف وامتنع عن إيقاعه، تنوب عنه المحكمة، وتوقع الطلاق بين الزوجين[١]. وهنا نرى أن المشرع لم يمنح الحكمين سلطة التفريق بين الزوجين إذا رأيا أنْ الاستمرار في الحياة الزوجية غير قابل للإستمرار، إلّا أنّه أعطى للحكمين إبداء رأيهما في وجوب التفريق من عدمه.

يتبيّن ممّا تقدّم أنَّه يحق للزوجة طلب التفريق في حالة حصول خلافات بينها وبين زوجها، سواء كان قبل الدخول أو بعده. ومن تطبيقات القضاء العراقي في، صادقت محكمة التمييز الاتحادية على قرار محكمة الموضوع بالتفريق بين الزوجين للشقاق، إذا جاء في القرار: "حيث أنّ الثابت من إضبارة الدعوى ومن خلال التحقيقات التي أجرتها محكمة الموضوع من الاستماع إلى البينة الشخصية وتقرير الباحث الاجتماعي ومطالعة نائب المدعي العام وتقارير الحكَمَيْن من أهل الزوج والزوجة وتقرير الحكم الثالث، لاختلاف الحكَمَيْن، وكذلك الأوراق التحقيقية المجلوبة، إضافة إلى الأدلة والقرائن الأخرى المربوطة، والتي أثبتت بأنّ الخلاف مستحكم بين الطرفين، يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، وعدم موافقة المدعى عليه على إيقاع الطلاق بزوجته"[٢].

وفي قرار آخر رُفضت الدعوى ويعود السبب إلى كون الخلافات بسيطة وإمكان تجاوزها وهذا ما جاء في قرار المحكمة: "إنّ الثابت من وقائع الدعوى أن الخلاف المدعى به ليس خلافا مستحكما، يتعذر معه استمرار الرابطة الزوجية بين المتداعيين وفق المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، إذ أنّ الخلاف الذي طرأ على حياتهما الزوجية من الخلافات التي يمكن تجاوزها بالتفاهم والتعاون بينهم[٣].

أما بالنسبة لنوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب الضرر والخلاف، فقد اعتبر المشرع العراقي هذا النوع من التفريق طلاقًا بائنًا بينونة صغرى[٤].

---

(١) محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٣١٥.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٣٢٥٠/ شخصية أولى/ ٢٠١٠، في ٢٠١٠/٩/١٩؛ ينظر: رزاق جبار علوان، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية– قسم الأحوال الشخصية، ج٢، مرجع سابق، ص٢٩٢.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٣٦٠٧/شخصية أولى/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٧/٢٩؛ ينظر: رزاق جبار علوان، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية– قسم الأحوال الشخصية، ج١، مرجع سابق، ص٢٢١.

(٤) المادة الخامسة والأربعون من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدَّل.

ثانيًا: ارتكاب الزوج الخيانة الزوجية

خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان بشكل عام ثم صنفه إلى ذكر وأنثى، ليلتقي الأوّل بالثاني عبر رباط مقدس يُكوِّن في ما بعد الأسرة، إذ تعتبر الأسرة نواة المجتمع، فإذا صلحت صَلُح المجتمع، وإذا فسدت فسد. والسبب يرجع إلى أنّ المجتمع ما هو إلّا مجموع من أسَرٍ انطوت تحت ما يسمى بالمجتمع.

وتتكون الأسرة في الأساس من مسندين لا ثالث لهما، هما: الزوج والزوجة؛ فإذا أُبرِم عقدُ الزواج، التزم الطرفان بالواجبات المفروضة عليهما، فكلُّ ما هو حق للزوج، يُعتبر واجبًا على الزوجة، وكلُّ ما يُعتبر واجبًا على الزوج، شكل حقًّا للزوجة. ومن الحقوق التي تفرض على الطرفين وهي واجبة، صيانةُ النفس من الغير، بمعنى عدم مخالطة الزوج أو الزوجة للغير، وقد تكون هذه المخالطة تقف عند الخلوات غير المشروعة منها ما يتم عن طريق وسائل الاتصال مثل الحديثة: الموبايل والإنترنت، وقد تصل إلى حد الاتصال الجسماني.

وفي هذه النقطة نود أنْ نسلط الضوء على ما يخص موضوعنا، من جانب الزوج فقط، حول تخطيه للحدود في ما يتعلق بالخيانة الزوجية، فإذا ثبت للزوجة أنّ زوجها ارتكب الخيانة الزوجية أيًّا كان نوعها، هل يكون هذا الفعل قرينة للزوجة أنْ تطلب التفريق من القاضي؟

للإجابة عن هذا التساؤل لا بُدَّ لنا أوّلًا أنّ نقوم بتعريف الخيانة الزوجية، ومن ثم ما هو موقف الشريعة الإسلامية، وقانون الأحوال الشخصية العراقي من هذا الموضوع؟.

الخيانة لغة: من الفعل خون (خانه) في كذا من باب قال و(خيانة) و(مخانةً) و(اختانه) قال الله تعالى: ﴿تَخْتَانُونَ أَنفُسَكُمْ﴾[١]، أي يخون بعضكم بعضًا[٢].

وفي الاصطلاح: فقد تعدّدت التعريفات لمفهومه، فعند الحنفية هو: "وطء رجل امرأة من غير الملك وشبه الملك"[٣]. وعرفه الجعفرية بأنَّه "إيلاج الإنسان فرجه في فرج امرأة من غير عقد، ولا ملك، ويتحقق بغيبوبة الحشفة قُبلًا أو دُبرًا"[٤].

أمّا في القانون: فللخيانة الزوجية معنيان: المعنى العام: ينصرف إلى إخلالٍ بالائتمان الزوجي.

---

(١) سورة البقرة، الآية ١٨٧.

(٢) زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص٩٨.

(٣) منصور محمد منصور الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون، مطبعة الأمانة، القاهرة، ١٩٨٦م، ص٤٧٤.

(٤) جعفر بن الحسن الحلي، المختصر النافع، ط٣، مؤسسة البعثة، طهران، ١٤١٠هـ، ص٢١٣.

والمعنى الخاص: الذي طغى اصطلاحًا عليه، فأصبحت لا تُعرف إلّا به، وهو إشباع الغرائز المحرمة خارج دائرة الرابطة الزوجية، وذلك ما عناه المشرع بالتحديد، وهو الزنا، ويُعرف الزنا: "تدنيس فراش الزوجية، وانتهاك حرمتها بتمام الوطء"[١]، ولتحقق هذه الجريمة يجب أنْ يتوافر لها ركنان، وهما: الوطء المحرم والقصد الجنائي.

الوطء المحرم: يتحقق الركن المادي في الزنا بوطء الرجل لامرأة لا تحل له، أي إتيانها في غير ملك أو شبهة ملك، فالوطء المعتبر زنا هو الوطء في الفرج، بحيث يكون الذكر في الفرج كالميل في المكحلة، ويكفي لاعتبار الوطء زنا أنْ تغيب الحشفة في الفرج أو مثلها، إنْ لم يكن بذكر حشفة ولا يشترط في الرأي الراجح أنْ يكون الذكر منتشرًا، وإدخال الحشفة أو قدرها يعتبر زنا، ولو دخل الذكر في هواء الفرج، ولم يمس جدره كما يعتبر زنا سواء حدث إنزال أو لم يحدث[٢].

أما القصد الجنائي: فيشترطون في جريمة الزنا أنْ يتوافر لدى الزاني أو الزانية نية العمد أو القصد الجنائي، ويُعتبر القصد الجنائي متوافرًا إذا ارتكب الزاني الفعل وهو عالِمٌ أنه يطأ امرأة محرمة عليه، أو إذا مكنت الزانية من نفسها وهي تعلم أنّ من يطأها محرم عليها[٣].

وإذا تحقَّق هذان الركنان، فإنّ جريمة الزنا تثبت إمّا بالإقرار أو بالشهادة[٤].

وقد تشددت الشريعة الإسلامية في إثبات هذا النوع من الجرائم، إذ حثّ الإسلام على حفظ الأعراض عمّا يدنسها ويشينها، وأمر بالكف عن أعراض الأبرياء، وحرّم الوقوع في أعراضهم بغير حق؛ صيانة للأعراض وحماية لها من التلوث. وطريقة إثبات هذه الجريمة أمّا بالإقرار أو بالشهادة، وفي حال ثبوتها فقد أمر الله سبحانه وتعالى بعقوبة لكل من الزاني والزانية، فإذا كانا غير مُحْصنَيْن فعقوبتهما الجلد، قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾[٥]. أمّا إذا كانا مُحْصنَيْن فعقوبتهما الرجم حتى الموت، لقوله(ﷺ): "لا يحل دم امرئ مسلم إلّا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس،

---

(١) عزت مصطفى الدسوقي، أحكام جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، ١٩٩٩م، ص٣٣.

(٢) عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٦٠م، ص٣٥٠؛ عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الثقافة، بيروت، ١٩٧٤م، ص٢٥.

(٣) عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج٢، مرجع سابق، ص٣٧٥؛ تيسير أحميد عبل الركابي، جريمة الزنا ما بين القوانين الوضعية المصرية والشريعة الإسلامية، مجلة آداب البصرة، مجلة فصلية تصدر عن كلية الآداب- جامعة البصرة، العدد (٦٨)، ٢٠١٤م، ص٣٣١

(٤) سيد سابق، فقه السنة، ج٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٧م، ص٤١٥.

(٥) سورة النور، الآية ٢.

والتارك لدينه المفارق للجماعة"[١]. يتضح مما تقدم أنْ الزنا لا يُعدّ سببًا للتفريق بين الزوجيية في الشريعة الإسلامية؛ فالعلاقة بينهما تنتهي تلقائيًا، لأنَّ عقوبة الزاني المحصن هي الرجم، والرجم يعني الموت، فلا تشكل هذه الجريمة سببًا للتفريق[٢].

أما موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي: فقد نص في الفقرة (٢) من المادة (٤٠) منه أنّ: "لكلٍّ من الزوجين طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: إذا ارتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية، ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسة الزوج فعل اللواط بأي وجه من الوجوه".

ولفظ الخيانة الزوجية هنا أوسع من الزنا، إذ أنه يشمل الزنا وكلَّ مقدماته، كالتقبيل والعناق والمفاخذة – المباشرة من خارج الفرج– واللواط وأي ملامسة أخرى غير مشروعة[٣]. بل وحتى أي فعل أو قول محظور شرعًا بين أيٍّ من الزوجين وشخص آخر أجنبي يُعّد من قبيل الخيانة الزوجية، ويبيح للآخر طلب التفريق، وهذا ما جاء في قرارٍ لمحكمة التمييز: "إنّ الخيانة الزوجية لا تعني بالضرورة إتمام العمل الجنسي"[٤].

أما كيفية إثبات قيام الزوج بمثل هذا الفعل، فقد ذكرت المادة (٤٤) من قانون الأحوال الشخصية أنه: "يجوز إثبات أسباب التفريق بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع إذا كانت متواترة، ويعود تقديرها إلى المحكمة، وذلك باستثناء الحالات التي حدّد القانون وسائل معينة لإثباتها".

ومن قرارات محكمة التمييز بهذا الشأن: "إنّ معاشرة الزوج لنساء أجنبيات وإحضارهن إلى دار الزوجية مما يستدل منه على أنّ الزوج لا يؤمن بقدسية الزواج، ويتعذر معه المعاشرة الزوجية، ويصح طلب الزوجة بالتفريق"[٥].

أما اللواط فهو فعلُ الفاحشةِ أو الإتيان من الدبر، سواء كانت امرأة أو رجلًا [٦]. وهو جريمة خبيثة وشذوذ قبيح مخالف للفطرة السليمة، إذ حثّت الشريعة الإسلامية على المحافظة على مصالح الخلق، ومن هذه المصالح حفظُ العرض، لذا أجمع علماء الأمة على أنّ اللواط من كبائر المعاصي، قال

---

(١) أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج٨، مصدر سابق، ص٤٩٢، رقم الحديث ١٧٣١٧؛ عبد الحسين أحمد الأميني، الغدير في الكتاب والسنة والأدب، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٧م، ص٣٣٣.

(٢)عبد القادر إبراهيم علي وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص١٨٠-١٨١.

(٣) المرجع نفسه، ص١٧٦.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ١٠٣٣/ شخصية/ ٨١ في ٢٦/ ١٢/ ١٩٨١؛ ينظر: مجموعة الأحكام العدلية، تصدر عن وزارة العدل- المكتب الإعلامي، العدد (٤)، السنة الثالثة عشرة، ١٩٨٢م، ص٥٢.

(٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد٢٥١/هيئة عامة ثانية/١٩٧٦ في ١٩٧٦/١٢/٢٥؛ ينظر: فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص١٥٢-١٥٣.

(٦) عبد الملك السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، ج١، ط٣، دار الأنبار، بغداد، ١٩٨٩م، ص٦٥.

تعالى: ﴿أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنْ الْعَالَمِينَ ۝ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُسْرِفُونَ﴾[١]. ومن اللواط إتيانُ الرجل زوجته في دبرها، وتسمى اللوطية الصغرى، حيث قال تعالى: ﴿فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾ [٢].

وفعل اللواط يمكن إثباته بتقرير صادر عن لجنة طبية مختصة، أو بشهادة الشهود، أو بالإقرار، أو بوسائل الإثبات كافة[٣]، ومن تطبيقات القضاء العراقي في هذا الصدد: "ممارسة فعل اللواط مع المدعية لا يشترط في الفعل أنْ يكون بالقوة وبالإكراه"[٤].

كما صاحب التطور الذي شهده عالمنا المعاصر في وسائل الاتصال، زيادةً في الانفتاح على العالم الخارجي، فالتقدم التكنولوجي أسهم بشكل كبير في تغيير العلاقات الإنسانية، وتسهيل اللقاء بين الذكر والأنثى. واستغل الجنسان وسائل الاتصال من انترنيت ومواقع الدردشة والهاتف المحمول و"إس إم إس" في العثور على الآخر، وتحقيق مبتغاهما في إيجاد رفيق جديد. وفي السياق نفسه، وجدت الخيانة الزوجية في التطور التكنولوجي[٥]. وفي هذا الإطار صدر قرار عن محكمة التمييز: "إن محكمة اطلّعت على الرسائل الغرامية المضبوطة والصور الفتوغرافية ومقطع الفيديو الذي يظهر فيه (الزوج) مع نساء أخريات، وبصورة منافية للأخلاق، وإقرار الزوج أنّ جهاز الموبايل والسيم كارت يعودان إليه، وحسب إقراره في جلسة المرافعة، وإنّ عدد الرسائل الغرامية بلغت (١٨٩) رسالة وبالتالي فإنْ ذلك يشكل ضررًا أصاب مشاعر الزوجة يتعذر معه دوام العشرة الزوجية ويكون موجبًا للتفريق"[٦].

---

(١) سورة الأعراف، الآية ٨٠-٨١.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٢٢.

(٣) عبد القادر إبراهيم علي واحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص١٨١.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ١١٩٠/ شخصية أولى/ ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٤/٢٢؛ ينظر: دريد داود سلمان الجنابي، الأحوال الشخصية في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ج٢، مرجع سابق، ص٥٣-٥٤.

(٥) جمال الخنوسي، مقالة على شبكة الإنترنت: التكنولوجيا الحديثة في خدمة الخائنين والخائنات، موقع جريدة الصباح:
http://www.assabah.press.ma/index.php?option=com_content&view=article&id=809: 2010-10-18-15-44-03&catid=1: cat-courrier&Itemid=580 آخر زيارة: يوم ٢٠١٤/٤/١٠.

(٦) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد١٣٥٣/شخصية/٢٠١٤في ٢٠١٤/٢/١٩، غير منشور.

الفرع الثاني: الأسباب غير المباشرة

وتكون هذه الأسباب بسبب حرمان الزوجة من المعاشرة الجنسية بسبب الغيبة الإرادية للزوج، هجر الزوج لفراش الزوجية؛ فيصيب الزوجة ضرر وأذى جراء هذا الحرمان، كذلك هناك سبب آخر يضر بالزوجة وهو في حالة مضي سنتين على قرار الحكم بالنشوز، لذا سنقسم هذا الفرع إلى فقرتين وكما يلي:

أوّلًا: الغيبة الإرادية[١] (الهجر)

هناك عدة أضرار إرادية تصيب المرأة منشؤها عملٌ من الزوج أو قولٌ إراديٌّ صادرُ عنه، وهذا النوع له صور متعددة، منها: الهجر أو الغياب الإرادي.

فالإسلام وإنْ جعل الطلاق بيد الرجل، لكنه لم يُهمل حقّ المرأة إطلاقًا، بل أجاز لها أن تطلب التفريق متى شعرت بالكراهية والحرمان من زوجها، كحرمانها من المعاشرة الزوجية؛ لأنَّها إنسانة لها ما للرجل من حقوق الزوجية في التمتع بلذة الحياة الجنسية وغيرها بطريقة مشروعة؛ فحرمانها من هذا الحق بإرادة الزوج مباشرة أو غير مباشرة يعطيها الخيار بين تحمل معاناة هذا الحرمان أو مطالبة القاضي بإزالته بطلب التفريق[٢]. ولغرض الإحاطة بالموضوع، وقبل الدخول بالموقف الفقهي والتشريعي ينبغي تعريف الهجر، ومن ثم سوف نرى الموقفَيْن الفقهي والتشريعي من هذا الموضوع.

الهجر لغة، هو الترك والمغادرة، والإعراض عنه، ويقال: هجرت الشي هجرًا أي تركته أو أغفلته، ويعني أيضًا مفارقة الإنسان غيره البدن والقلب واللسان[٣].

أمّا في الاصطلاح، فالمقصود بالهجر هو هجر الفراش، والهجر بعدم تفقد الزوج لزوجته ومعاشرتها معاشرة الأزواج دون عذر مشروع، وقد استحدث المشرّع العراقي مصطلح الهجر بدلًا عن مصطلح الغياب، وذلك لأن الهجر أوسع من الغياب، إذ قد يكون الزوج مقيمًا في المدينة التي تقيم فيها الزوجة، ولا يعد غائبًا، فينطبق عليه الهجر إذا ترك معاشرتها[٤].

---

(١) المراد بالغيبة الإرادية: هو ابتعاد الزوج عن زوجته مدة تهيج لدى الزوجة غريزة الجنس فتخاف على نفسها من الانحراف والوقوع في الفاحشة؛ ينظر في هذا الصدد: نظام الدين عبد الحميد، أحكام انحلال عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون العراقي، مرجع سابق، ص٢٢٣.

(٢) مصطفى الزلمي، أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص٢٠٢.

(٣) مجد الدين أبو سعيدات المبارك، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج٥، مصدر سابق، ص٢٤٤.

(٤) عبد القادر إبراهيم علي وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص٢٤٣-٢٤٤.

١- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التفريق لهجر الزوج فراش الزوجية

اختلفت آراء الفقهاء في ما إذا كان هجر الزوج لزوجته مدة، وتضررت بهجره وخشيت على نفسها من الفتنة، هل يجوز لها أن تطلب التفريق، وهل يجوز للقاضي أنْ يطلق زوجة الرجل رغمًا عنه، للإجابة عن هذا السؤال سوف نتناول آراء مذاهب الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، وكما يأتي:

الرأي الأوّل: يرى الحنفية[١] والشافعية[٢] وقول للجعفرية[٣]، أنّ هجر الزوج لزوجته لا يكون سببًا للتفريق بينهما، وإن طالت المدة، وذلك لانعدام ما يصلح أنْ يبنى عليه التفريق بينهما، سواء كانت هذه الغيبة بسبب أو من دون سبب، وذلك لأن النكاح سر مقدس، ولا يجب أن تفصم عراه، وعلى الزوجة الصّبر والتعفف ومقاومة غريزتها الجنسية بالتقرب إلى الله بالذكر والعبادة[٤]، فلا ولاية للقاضي بحال من الأحوال ماعدا زوجة المفقود، ومتى توفرت شروط خاصة بهذا الشأن، وفقًا على ظاهر النص: "الطلاق بيد من أخذ بالساق"[٥].

الرأي الثاني: وهو رأي المالكية[٦] والحنابلة[٧]، وقول للجعفرية[٨] الّذين ذهبوا إلى جواز التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج بشرط تضرر الزوجة من الغياب أو الهجر، إذ إنّ الضرر يقع على الزوجة من هجر زوجها، فالمالكية يجيزون التفريق سواء كان ذلك بعذر أو بدونه، أمّا الحنابلة ففرّقوا بين حالة الهجر بعذر أو من دون عذر، فلم يجيزوا التفريق إذا هجر الزوج زوجته بعذر، كطلب العلم أو التجارة؛ ولكنهم أعطوا حق التفريق للزوجة، إذا كان من دون عذر، ولكن بشرط أنْ تمضي المدة اللازمة للهجر والغياب، وقد حدّدت مدة الغياب بما لا تقل عن ستة أشهر عند بعض الفقهاء الحنابلة، وفي رأي آخر تكون بين سنة وثلاث سنوات وقيل سنة عند مذهب الإمام مالك؛ أمّا الجعفرية فيحق للزوجة اللجوء إلى الحاكم لطلب التفريق للهجر، ويُخيّر الزوج بين العدول عن هجرها أو الطلاق، فإذا امتنع واستنفد كل الموسائل المشروعة, يحق للحكم أن يطلّقها بطلب من الزوجة، ووجهة نظر هذا الرأي هو الحفاظ على الزوجة من الحرام، فتسلك مسلك الرذيلة، وتقع في أحابيل تجار الإنسانية، وشياطين الإنس، عندما يشتد

---

(١) محمد الغروي، الأحوال الشخصية على المذاهب الإسلامية الخمسة، مؤسسة العارف، بيروت، ٢٠٠٨م، ص١١٥.
(٢) بدران ابو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ١٩٦١م، ص٢٩٤.
(٣) محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية. دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤م، ص١٦٨.
(٤) بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص٢٩٤؛ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص٥٤٨.
(٥) محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص١٦٨.
(٦) محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، مصدر سابق، ص٤٣١.
(٧) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٠٤-٣٠٥.
(٨) علي السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣, مصدر سابق، ص١٠٩, المسألة رقم ٣٨٥؛عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص٤٦٤.

ميلها إلى الرجال[١]. ومن جانبنا نرى، أنّه يجب الزوج أنْ يحصل على موافقة الزوجة في هجرها بسبب طلب العلم أو التجارة أو لأي سبب آخر، على أنْ تُحدّد مدةُ الهجرِ حسب طبيعة العذر وبُعْد المسافة، على أنْ لا تزيد على ثلاث سنوات كحد أعلى، إذ أنّ العلاقة الزوجية قائمة على قاعدة: "لا ضرر ولا ضرار". أمّا عن نوع الفرقة، فعند المالكية طلاق بائن، وعند الحنابلة فسخ[٢]، وعند الجعفرية بائنًا أو رجعي حسب اختلاف الموارد[٣].

٢- موقف قانون الأحوال الشخصية من الغيبة الإرادية

استخدم قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقَّم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ مصطلح "الغياب"، لكن بعد التعديل الثاني بموجب قانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ استخدم مصطلح الهجر، وأسماه التفريق للهجر، وبما أنّ موضوعنا عن الغيبة الإرادية، فهناك نصوص في المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، بعضها يتحدث عن الهجر لفراش الزوجية بعد الدخول، والبعض الآخر تتحدث عن الهجر في حالة عدم طلب زوجته غير المدخول بها للفراش.

حتى نوضح كلّ ما تقدّم، سنتوجه في دراستنا إلى بيان الحالات التي يحق بها للمرأة طلب حل الرابطة الزوجية؛ بسبب هجر زوجها لفراش الزوجية، وذلك من خلال التقسيم الآتي:

أ- إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وإن كان الزوج معروفَ الإقامة، وله مال تستطيع الإنفاق منه.

الضرر الذي يقع على الزوجة بسبب هجر زوجها لها هو ضرر من نوع خاص، إذ هو هجر قصد به الأذى، والزوجة قد لا تستطيع الإقامة مع زوجها بوجود هذا الأذى، لذلك أجاز قانون الأحوال الشخصية في المادة (٤٣/أوّلًا) الفقرة (٢) للزوجة طلب حل الرابطة الزوجية إذا هجرها مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وإنْ كان الزوج معروفَ الإقامة، وله مال تستطيع الإنفاق منه[٤]. ويجب أنْ تثبت المُدعية بتكليف من المحكمة صحةَ ادّعائها بهجر زوجها لها المدة القانونية، وبشكل متواصل ومستمر دون انقطاع؛ وإذا عجزت عن الإثبات، فلها حقّ تحليف المُدعى عليه اليمين الحاسمة[٥]. بالإضافة إلى ذلك فإنّ الزوجة، في طلبها التفريق من زوجها، إذا هجرها مدة سنتين أو أكثر لا يؤثر على حق الزوجة

---

(١) بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص٢٩٤.

(٢) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٩، مرجع سابق، ص٧٠٦٧؛ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص٥٤٨.

(٣) علي السيستاني, منهاج الصالحين, ج٣, مصدر سابق, ص١٠٩, مسألة رقم٣٨٥.

(٤) علي محمد إبراهيم الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٩م، ص٨٦.

(٥) عبد القادر إبراهيم علي وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص٢٤٥.

بإنفاق الزوج عليها خلاف مدة الهجر واستعداده إلحاقها به، ويبقى حق الزوجة قائمًا في التفريق[١].

ومن تطبيقات القضاء العراقي في هذا الصدد: "إنّ للزوجة طلبَ التفريق من زوجها إذا هجرها مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وإنْ كان معروف الإقامة، وله مال تستطيع الإنفاق منه طبقًا لأحكام المادة (٤٣/أوّلًا) الفقرة (٢)، وحيث أنّ المحكمة استمعت لشهود الطرفين لإثبات هجر المُدعي عليه، فلها ترجيح البينات الشخصية وفقًا لِما استخلصته من ظروف الدعوى"[٢].

ولا يشترط أن يكون الهجر هو هجر الزوج منزل الزوجية فقط، بل يتحقق الهجر حتى وأن كان الزوج والزوجة في دار واحدة، وهذا ما قضت به محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية في قرار لها، والذي جاء فيه: "قضت المحكمة بالتفريق للهجر حتى وأنْ كانت الزوجة مع الزوج في دار واحدة، إذ يُعتبر الهجر متحقق إذا تعمد الزوج هجر الزوجة الفراش الزوجية"[٣].

ويجب على المدعية أنْ تذكر مدة الهجر في عريضة الدعوى بتحديد تاريخ اليوم والشهر والسنة، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز: "إنّ الهجر على ما تدعيه الزوجة يكون أكثرَ من سنتين، كما أن عبارة: "ما يقارب السنتين" من الأخطاء المغتفرة، وعلى فرض عدم تحديد تاريخ الهجر بإمكان المحكمة تحديد تاريخ ذلك وعلى ضوئه إصدار قرارها"[٤].

ب- إذا لم يطالب الزوج زوجته غير المدخول بها بالزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد، ولا يُعتّد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية[٥]، إذ يُعتبر تراخِ الزوج في إتمام الزوجية ضربًا من ضروب الهجر المسبب ضررًا للزوجة؛ لأن طول الهجر ينال من الزوجة، ويصيبها ببالغ الضرر، ومن شأنه أنْ يجعلها معلقة، فلا هي ذات زوج ولا هي مطلقة[٦].

وبناءً على ما تقدّم، يحق للزوجة بعد مضي سنتين على إبرام العقد حق طلب التفريق لعدم الدخول بها، وتبدأ المدة المحددة من وقت إبرام العقد سواء كان العقد منعقدًا أمام المحكمة المختصة أو أمام رجل دين وصدق من المحكمة المختصة فيما بعد، واشتراط المشرع سنتين كافٍ ليكون قرينة على

---

(١) علي محمد إبراهيم الكرياسي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق، ص٨٦.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٢٢٦١/ش١/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/٢٧؛ ينظر: دريد داود سلمان الجنابي، الأحوال الشخصية في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، مرجع سابق، ص٨٥.

(٣) قرار محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية في العدد٢٩٣٥/ش/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٩/٣؛ ينظر: سالم رضوان الموسوي، تطبيقات القضاء العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مرجع السابق، ص٨٧.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٣١٠٥/ شخصية أولى/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٩/٧؛ ينظر: رزاق جبار علوان، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية- قسم الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٣١٩.

(٥) المادة (٤٣/أوّلًا) الفقرة (٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

(٦) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق، ص١١٩.

عدم جدية الزوج في إتمام الزواج[١].

ومن تطبيقات القضاء العراقي في هذا الصدد: "إنّ الثابت من وقائع الدعوى أنّ الزوج لم يطلب زوجته الغير مدخول بها للزفاف رغم مضي مدة تزيد عن ست سنوات على عقد زواجها، وبذلك من حق الزوجة طلب التفريق وفق المادة (٤٣/أوّلًا) الفقرة (٣) من قانون الأحوال الشخصية"[٢].

ثانيًا: مضي سنتين على قرار الحكم بالنشوز[٣]

طلبَ الإسلام من الزوج أنْ يُحسن إلى زوجته، ويعاشرها خيرَ معاشرة، وأنْ يطعمها، ويكسوها، ولا يهجرها، ولا يقبحها؛ قال سبحانه وتعالى: ﴿مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[٤]، وقال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٥]. بِالْمَعْرُوفِ﴾[٥].

وفي مقابل ذلك طلب من الزوجة أنْ تُحسِن إلى زوجها، وأن لا تحاول الخروج عن الحقوق الزوجية، والترفع والنشوز على مركز الرياسة البيتية، فتُعرِّض تصرُّفاتها هذه الحياةَ الزوجيةَ للتدهور والانحلال؛ فإنْ خرجت عن هذه الحقوق، ونشزت، كان للزوج حقّ تأديبها، قال تعالى: ﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾[٦].

على ضوء ما تقدّم، يستدعي منّا الحال تعرف النشوز، وماهي أسبابه، وعلاجه، وماهي إجراءات الدعوى، وهل أعطى المشرِّع العراقي للزوجة طلب التفريق إذا اعتبرت ناشزًا؟.

١- معنى النشوز

النشوز في اللغة: النشوز يكون بين الزوجين، وهو كراهة كلٍّ منهما لصاحبه، واشتقاقه من النشز. وهو ما ارتفع عن الأرض، ونَشْزُ المرأة زوجها، وعلى زوجها تنشز نشوزًا وهي ناشز ارتفعت عليه،

---

(١) عبد القادر إبراهيم علي وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص٢٤٩.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٢٢٠٤/شخصية أولى/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٥/١٧؛ ينظر: رزاق جبار عنوان، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية- قسم الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٣١٤.

(٣) رأينا وضع هذا الموضوع ضمن الأسباب الإرادية، لأنّ القانون أعطى للزوج حق طلب التفريق بعد اكتساب قرار الحكم بالنشوز درجة البتات، وأعطى الزوجة حق التفريق بعد مضي سنتين من اكتساب الحكم درجة البتات، فإذا لم يقم الزوج بإقامة دعوى تفريق بعد اكتساب الحكم بالنشوز درجة البتات، هذ يعني أن الزوجة تبقى معلقة لا هي ذات زوج، ولاهي مطلقة لمدة سنتين، وهذه يُعدّ ضررًا إراديًا، والزوج يستطيع الزواج من دون أن يأخذ إذنًا من الزوجة باعتبارها ناشزًا؛ ينظر في هذا الصدد: عباس زياد السعدي ومحمد حسن كشكول، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مرجع سابق، ص٧٢.

(٤) سورة الروم، الآية ٢١.

(٥) سورة النساء، الآية ١٩.

(٦) سورة النساء، الآية ٣٤.

واستعصت عليه وأبغضته، وخرجت عن طاعته وتركته، ونشز عليها نشوزًا كذلك وضربها وجفاها وأضر بها[١].

أما اصطلاحا فهو: "ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له"[٢].

وعُرِّف أيضًا بأنَّه: "معصية الزوجة في ما يلزمها من طاعة، وأصل النشوز الترفع على الزوج بمخالفته"[٣].

٢- أسباب النشوز

قسّم العلماء النشوز إلى أمارات، فيكون إما بقول أو بفعل، فيكون بالقول مثلًا عند إجابته بكلام خشن وسلاطة لسان، بعد أنْ كانت بكلام لين، أو غير مقبلةٍ بوجهها بعد أنْ كانت تُقْبِل[٤].

ويكون بالفعل إذا حصل امتناعها عن تنفيذ أوامر زوجها المشروعة من دون عذر شرعي، وعدم الالتزام بواجباتها البيتية، وعدم تمكين الزوج من نفسها إذا دعاها للفراش[٥].

وهناك أسباب أخرى، وهي عدم تكافئها مع زوجها سواء كان ذلك من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية، إذ تُعتبر الكفاءة عنصرًا هامًّا من عناصر الانسجام الأسري، والتوافق النفسي بين الزوجين. ومن الأسباب أيضًا كُرْهُ الزوجة لزوجها بسبب إكرهها على الزواج به من قبل أهلها، أو عدم اقتناعها بزوجها ورغبتها بالتزوج من زوج آخر، وأيضًا من أسباب نشوز الزوجة تدخل الأهل والأقارب بشؤون الزوجين، وهذا يُعدّ سببًا مهمًّا في زرع الشقاق والخلافات بين الزوجين.

٣- علاج النشوز

رسمَ الإسلام الطريق الصحيح لعلاج النشوز- بإرشاد تشريعي إلهي- باتخاذ وسائل معروفة من وعظ وتأديب وإصلاح، وجعله خاصًّا بالزوج إذ أنه علاج داخلي لأن كرامة الرجل تأبى أن يطلب محاكمة زوجته كلما انحرفت عن طريق الفطرة السليمة، قال تعالى: ﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾ [٦].

يتبيّن من نص الآية الكريمة أنّ الزوجة الناشز غير المطيعة للزوج هي التي تترفع عن حدود الزوجية وواجباتها، فيسلك معها الرجل المراحل الأربع الآتية:

---

(١) جمال الدين محمد بن كرم ابن منظور، لسان العرب، ج٥، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ، ص٤١٨.
(٢) جعفر بن الحسن الحلي، المختصر النافع، مصدر سابق، ص١٩١.
(٣) أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م، ص٢٣٧.
(٤) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص٤٢٨.
(٥) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، ج٤، مصدر سابق، ص٣٣٧.
(٦) سورة النساء، الآية ٣٤.

أ- الوعظ والإرشاد والكلمة الطيبة، وقد تقبل المرأة هذا الدواء، ويكون فيه شفاؤها، وإصلاح أمرها، وهو علاج نفسي.

ب- هجر فراش الزوجية من غير الخروج من المنزل، أي ترك المبيت معها في فراش واحد، إذ لا يحل هجر الكلام أكثر من ثلاثة أيام، وهو علاج بدني وعقلي.

ج- الضرب غير المبرح، أي غير مؤذٍ تحت تأثير شعور التأديب والإصلاح، كما يؤدب الأب صغاره، لا بقصد التشفي والانتقام، وهو علاج بدني خالص.

د- فإذا انتهت المراحل الثلاث دون جدوى، واشتد الخلاف والعداوة، يُسْتَدعى اثنان من أهل الخير، أحُدهما من أهل الزوج، والآخر من أهل الزوجة، ليكونا رسولَيْن، للسعي في إصلاح ذات البين[١]، والذي سبق لنا الحديث عنه في موضوع استحالة استمرار الحياة الزوجية للضرر والشقاق[٢].

٤- إجراءات دعوى النشوز والواقع العملي

تعدّ دعوى النشوز من الدعاوى المهمة أمام القضاء، والتي تُنْظَرُ من قبل محكمة الأحوال الشخصية، وحسب نص المادة (٢٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة، والإجراءات المتبعة في إصدار حكم النشوز، وما يترتب على هذا الحكم من المطالبة بالتفريق بين الزوجين، وسقوط الحقوق وَرَدِّ الدعوى أحيانًا، إذ تتمثل إجراءات الدعوى أوّلًا بإقامة الزوج دعوى المطاوعة، إذ يطلب الزوجُ مطاوعةَ زوجتهِ بالانتقال من بيت أهلها، والسكن معه في دار معدة من قِبله، ولا بُدّ أن تكون هذه الدار مستوفية جميع الشروط الشرعية والقانونية، والمحكمة لا تصدر الحكم بالمطاوعة إلّا بعد أنْ تستنفذ جميع إجراءاتها، فمتى اقتنعت أنّ البيت المُعدّ من قِبل الزوجِ بعد أنْ تجري الكشف الموقعي وبحضور الطرفين، ويكون مستوفيًا للشروط، أي يتناسب مع مكانتهما الاجتماعية والاقتصادية، وتقدير ذلك راجع إلى اجتهاد قاضي الموضوع[٣]. هذا ما جاء في قرار محكمة التمييز: "يجب أنْ يكون البيتُ الشرعيُّ مناسبًا لحالة الطرفين، وليس لحالة الزوجة المالية"[٤].

---

(١) عبد الكريم يونس الخطيب، التفسير القرآني للقرآن، ج٣، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠م، ص٧٨٣-٧٨٣؛ وهبة الزحيلي، التفسير الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٣١٧؛ أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعًا وفقهًا وقضاءً، مرجع سابق، ص١٥٥؛ محمد حسين فضل الله، فقه الشريعة، ج٣، مصدر سابق، ص٥١٠.

(٢) ينظر في هذا الصدد: بعث الحكمين وعملهما، ص٢٣.

(٣) أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، ج١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢م، ص١٠٤.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد٢٤١/شخصية/٧٥ في١٩/٤/١٩٧٥؛ ينظر: فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٢٢٤.

وفي الواقع العملي، وبعد اكتساب قرار الحكم بالمطاوعة درجة البتات، يتم تنفيذ هذا القرار في مديرية التنفيذ، ويتم تبليغ الزوجة فحوى القرار، ولا بُدّ من مطاوعة الزوجة لزوجها حسب منطوق الحكم؛ وإذا رفضت الزوجة، فإنها تتعرّض إلى فقدان حقوقها، إذ نصَّت المادة (٢٥) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه: "لا نفقة للزوجة في الأحوال الآتية:

١-إذا تركت بيت زوجها بلا إذنٍ وبغير وجهٍ شرعيٍّ.

٢-إذا حبست عن جريمة أو دين.

٣-إذا امتنعت عن السفر مع زوجها من دون عذر شرعي"[١].

هذا ما جاء في قرار محكمة التمييز: "إنّ روح نص المادة (٢٥) أحوال شخصية، قد تأسّست على ربط الإنفاق بالترابط والوجود الفعلي لطرفي عقد الزواج في بيت الزوجية"[٢]. أمّا إذا أمتنعت لأسباب خاصة، فيتم تدوين ذلك في محضر أولي، وهذا حقٌّ منحهُ القانون للزوجة، إذ أنّ مضمون المادة(٢٥) الفقرة (٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي نصّ على الأعذار المشروعة التي تتعذّر بها الزوجة بمطاوعة زوجها وهي: "لا تلزم الزوجة بمطاوعة زوجها، ولا تعتبر ناشزًا، إذا كان الزوج متعسفًا في طلب المطاوعة قاصدًا الإضرار بها أو التضييق عليها، ويعتبر من قبيل التعسف والإضرار بوجه خاص ما يأتي:

أ – عدم تهيئة الزوج لزوجته بيتًا شرعيًّا يتناسب مع حالة الزوجين الاجتماعية والاقتصادية.

ب – إذا كان البيت الشرعي المهيأ بعيدًا عن محل عمل الزوجة، بحيث يتعذر معه التوفيق بين التزاماتها البيتية والوظيفية .

جـ – إذا كانت الأثاث المجهزة للبيت الشرعي لا تعود للزوج.

د – إذا كانت الزوجة مريضة بمرض يمنعها من مطاوعة الزوج".

إنّ الزوج في أغلب الأحيان، بعد صدور الحكم بالمطاوعة والتنفيذ، يراجع المحكمة من أجل إقامة دعوى النشوز ضد زوجته، ودعوى النشوز هي أثر من آثار دعوى المطاوعة، بمعنى أنّ الزوج لا يستطيع إقامة دعوى النشوز إلّا بعد إقامة دعوى المطاوعة، وتنفيذ قرار المطاوعة في دائرة التنفيذ، إلّا أنّ على المحكمة أنْ تتريث في إصدار حكم النشوز، وهذ ما نصَّت عليه المادة (٢٥) الفقرة (٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: "على المحكمة أنْ تتريث في إصدار الحكم بنشوز الزوجة، حتى تقف على أسباب رفضها مطاوعة زوجها".

---

(١) المادة (٢٥) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدَّل.

(٢) قرار محكمة الأحوال الشخصية في حي الشعب، من دون عدد، في ٢٠٠٨/٨/٢٤؛ ينظر: سالم رضوان الموسوي، تطبيقات القضاء العراقي في قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص١٨٩.

ومن خلال شرح هذه الفقرة يتبيّن أنّ أمر التريث وجوبيٌّ وليس جوازيًّا، أي أنّ على المحكمة التريث في إصدار الحكم، وبذل الجهود والمساعي في إزالة الأسباب القائمة التي تحول دون مطاوعتها، وبعدها يصدر الحكم بالنشوز[١].

٥- حق الزوجة طلب حل الرابطة الزوجية بعد مضي سنتين على قرار النشوز

بعد أن بذلت المحكمة مساعيها في دعوى المطاوعة، قبل إصدار قرارها بمطاوعة الزوجة لزوجها بدار شرعية، وبذلت مساعيها في دعوى النشوز، فإنه لا يبقى للمحكمة سوى الحكم على الزوجة بنشوزها، وهذ ما نصَّت عليه المادة (٢٥) الفقرة (٤) من قانون الأحوال الشخصية: "على المحكمة أنْ تقضي بنشوز الزوجة، بعد أنْ تستنفد جميع مساعيها في إزالة الأسباب التي تحول دون المطاوعة". كما نصَّت المادة (٢٥) الفقرة (٥- ب) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه: "يعتبر النشوز سببا من أسباب التفريق، وذلك على الوجه الآتي :

للزوج طلب التفريق، بعد اكتساب حكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة أنْ تقضي بالتفريق، وتلزم الزوجة بردّ ما قبضته من مهرها المعجل، ويسقط مهرها المؤجل، إذا كان التفريق قبل الدخول، أمّا إذا كان التفريق بعد الدخول، فيسقط المهر المؤجل، وتُلزم الزوجة بردّ نصف ما قبضته، إذا كانت قد قبضت جميع المهر". وهذا ما أيدته محكمة التمييز في قرار لها: "إنّ الثابت من الحكم الصادر في الدعوى المرقمة٢/ش/٢٠٠٨ والمؤرخ في ٢٠٠٨/٤/٢٠ المكتسب درجة البتات، أن المميزة – الزوجة- قد حُكِمَ عليها بالنشوز لعدم مطاوعتها لزوجها، لذلك فمن حق الزوج طلب التفريق وفق المادة المذكورة"[٢].

وهذا واضح من نص المادة إذ يحق للزوج طلب التفريق بعد اكتساب قرار الحكم بالنشوز درجة البتات. ونصت المادة (٢٥) الفقرة (٥- أ) من القانون على أنّ: "للزوجة طلب التفريق، بعد مرور (سنتين) من تاريخ اكتساب حكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة أنْ تقضي بالتفريق، وفي هذه الحالة يسقط المهر المؤجل، فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر، أُلزمت بردّ نصف ما قبضته"

يتضح من خلال هذا النص، أن القانون أعطى الحقَّ للزوجة الناشز الحق بمراجعة المحكمة، وطلب التفريق من زوجها بعد مرور سنتين على اكتساب الحكم درجة البتات، وآثار هذا التفريق هو سقوط المهر المؤجل، أما إذا كانت قد قبضت كل المهر المؤجل، فإنها ملزمة بردّ نصف ما قبضته.

---

(١) عباس زياد السعدي، الطلاق وأحكامه وآثاره، مرجع سابق، ص٩٣.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية الاتحادية٣٤٢٥/شخصية أولى/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٧/٢٦؛ ينظر: رزاق جبار علوان، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية- قسم الأحوال الشخصية، ج١، مرجع سابق، ص٣٠٦.

المبحث الثاني

الأسباب اللاإرادية التي تعطي المرأة حق طلب حل الرابطة الزوجية

المقصود بالأسباب اللاإرادية هو ما لا يكون للزوج قَصْدٌ في تكوين منشئها، لا مباشرة ولا تسُّببًا، كالضرر الناشئ عن العلل، والأمراض التي تصيب الزوج، أو غيابه غيبةً لاإرادية كفقدانه في الحرب أو أسره، وما يماثلها من الأسباب الأخرى.

فما هي الأسباب اللاإرادية[1] التي تعطي للمرأة حق المطالبة بالتفريق، وحل الرابطة الزوجية، لتوضيح أكثر، نفضَّل تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: إصابة الزوج بعيب أو مرض يمنع مقاصد الزواج

المطلب الثاني: غياب الزوج غيبة لاإرادية (لفقدانه أو سجنه)

المطلب الأول: إصابة الزوج بعيب أو مرض يمنع مقاصد الزواج

تبنى الأسرة على دعامتين، هما: الزوج والزوجة، حيث يجمع بينهما رباط مقدس هو عقد الزواج، وهو العقد الذي بنيَ عليه المجتمع، والذي أحاطهُ التشريع الإسلامي بهالة من التقديس والرعاية، وجعل قوام الحياة الزوجية الألفة والمودة والمحبة، ومن أهدافه التناسل لإيجاد جيل قوي يسهم في بناء المجتمع.

لكن قد يفاجأ أحد الزوجين بعد العقد والمباشرة أو أثنائها بأنّ شريكه الآخر مُصاب بعيب تناسلي،

---

(١) وسعَ قانون الأحوال الشخصية العراقي من دائرة إنهاء عقد الزواج، إذ أعطى وسيلة للمرأة تنهي بها الربطة الزوجية وبدون سبب، فقد تتفاجئ الزوجة أنّ طبائع زوجها تختلف عن طبائعها، والانسجام منعدم بينهما، خصوصًا إذا كان الزوجان لا يملكان ثقافة الارتباط، إذ نصَّت المادة (٤٣/ ثانيًا) على أن: "للزوجة الحقُّ في طلب التفريق قبل الدخول، وفي هذه الحالة على المحكمة أنْ تقضي بالتفريق بعد أن تُردّ الزوجة إلى الزوج ما قبضته من مهر، وجميع ما تكّبده من أموال ونفقات ثابتة صرفها لأغراض الزواج". وبهذا النصّ نجد أن المشرّع أراح المجتمع من زواج لا يبدوا ناجحًا، فمنح الزوجة غير المدخول بها هذا الحق مدام الأمر في بدايته، وليس بينهما عِشْرَةٌ يؤسف عليها ولا ذرية يخاف عليها، بشرط إعادة معّجل مهرها المقبوض وكل ما أنفقه الزوج وتكبده بمناسبة هذا الزواج. وجرى القضاء العراقي على تمكين زوجة المفقود أو الأسير غير المدخول بهما، حق في طلب حل الرابطة الزوجية، بشرط أن ترد المهر المعجل والمصاريف الثابتة التي صرفها الزوج لأغراض الزواج إذ تقوم المحكمة بتحليف الزوجة اليمين على عدم الدخول وعدم استلام ما ذكرته، ومن تطبيقات القضاء العراقي: "... وُجِد أنَّ محكمة الأحوال الشخصية قضت بالتفريق بين المدعية وزوجها المفقود قبل إجراء التحقيقات المطلوبة في ما ذلك أنها لم تتحقق كون المفقود قد دخل بزوجته من عدمه، ولم تسأل الشهود عن ذلك لما له من أهمية لأن التفريق يختلف بالحالتين من حيث الآثار القانونية والشرعية المترتبة.. لذا قرّر نقض القرار"؛ قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٦٦٩١/ش/٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٩/٢٠؛ ينظر: عباس زياد السعدي، الطلاق وأحكامه وآثاره، مرجع سابق، ص١٠٣.

أو مرض جسماني منفر، أو معدٍ، وهذه العيوب والأمراض قد يكون عارضها كليًا في الدخول، وقد يكون عارضًا مؤقتًا، وقد يكون هذا العيب متجددًا بعد العقد، بأن يكون الزوج أو الزوجة سليمًا منه قبل العقد أو أثنائه، إلّا أنه أُصيب به فيما بعد، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة استمرار هذه الحياة، لا لسبب ماديٍّ أو معنويٍّ يعصف بالحياة الزوجية، بل بسبب أنّ هذا العيب حصل قبل العقد أو لحادث بعده، أثّر على حقٍّ مشتركٍ بين كلا الزوجين، وهو حقُّ استمتاعِ كلٍّ من الزوجين بالآخر على وفق مقتضى الشرع. وكما هو معروف فإن الإنسان بحكم تكوينه الفيزيولوجي والنفسي، أو بحكم الدور المنوط به في الحياة، يُعدّ أكثر المخلوقات تعرّضًا للأمراض والعوارض؛ وكلما تعقدت الحياة، وغلب جانُبها الماديُّ على شطرها الروحيّ، واجه الإنسانُ مصاعبَ ومصائبَ لم يشهدها أسلافه، إذ أن موضوع تعرّض الإنسان للأمراض ليس أمرًا جديدًا، لكنه متجدد مع الزمن، والسبب هو ظهورُ أمراضٍ جديدةٍ يعجزُ الطبّ عن علاجها، لذلك مع التقدم والتطور العلمي، يعد الفحص الطبي قبل الزواج[1]، من المستحدثات التشريعية في أنظمتنا القانونية، الذي من خلاله يتم كشف الأمراض المعدية والوراثية، وحماية الأجيال منها، بالإضافة إلى حماية الأفراد من الأمراض المعدية التي تنتقل بين الزوجين[2].

وبناءً على ما تقدّم، إذا أُصيب الزوج بمرض جسمِّي، أو جنسِّي، أو عقلِّي، فهل تبقى الزوجة السليمة معه تقاسمه ألم الحياة كما تقاسمه سعادتها وهناءها، السؤال الذي يطرق باب بحثنا هو: ما هو موقف الزوجة؟ فإذا لم يستطع الزوج أنْ يؤدي دوره بالشكل الطبيعي معها لمرض أو علة فيه، فالنتيجة لا رجل أمام امرأة، ولا أسرة من زوجين وأولاد، وبالتالي لا مجتمع متكامل.

وللإجابة عن هذه التساؤلات، نفضّل تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، على النحو الآتي:

الفرع الأول: أنواع العيوب اللاإرادية التي تصيب الزوج.

الفرع الثاني: آراء الفقهاء وأدلتهم في حق الزوجة بالتفريق بسبب العيوب والعلل.

الفرع الثالث: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي من حق الزوجة بالتفريق بسبب العيوب والعلل.

---

(١) اشترط المشّرع العراقي لإبرام عقد الزواج أنْ يقدّم الخاطبان تقريرًا طبيًا يؤيد سلامة الزوجين من الناحية الصحية وفق المادة (١٠) الفقرة(٢) من قانون الأحوال الشخصية التي نصّت على أنْ: "يُرفق البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون".

(٢) باسم محمد شهاب، عيوب الزوجية وأثرها في تقويض الروابط الأسرية، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي–جامعة الكويت، الكويت، العدد(٣)، السنة الثالثة والثلاثون، ٢٠٠٩م، ص٣٦٢–٣٦٣.

الفرع الأول: أنواع العيوب اللاإرادية التي تصيب الزوج

العيب في اللغة: العَيْبُ، ألعَيْب والعَيْبَةُ والعاب بمعنى واحد، تقول: عاب المتاعُ أي صار ذا عيب، وعِبْته أنا، فهو مَعيب ومَعْيوبٌ أيضًا على الأصل. وتقول: ما فيه مَعابة ومَعابٌ، أي عَيْب[١].

العيب في الاصطلاح: اختلف فقهاء الشريعة والقانون في تعريف مفهوم العيوب وتعدادها، وإنْ اختلفو في المسمّيات، إلّا أنهم اتفقوا في المضمون، وإنْ أدخلها البعض تحت مسمّى الضرر غير الإرادي، على اعتبار أنْ لا إرادة للزوج أو الزوجة في حدوثها. ومع ذلك يمكن تعريفه على أنه "نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين، يجعل الحياة الزوجية غير مستقرة"[٢].

والعيوب التي تعرقل سير الحياة الزوجية منها ما يصيب الرجل، كالجب والعنة والخصاء، ومنها ما يصيب المرأة، كالفتق والرتق وغيرها؛ ومنها ما هو مشترك بين الرجل والمرأة، كالجذام والبرص والجنون وغيرها. وبما أنّ موضوعنا يختص بحق المرأة، فإننا نذكر منها ما يتعلق بعيوب الرجل وحده، حيث تنقسم من حيث المنعُ والدخولُ، من عدمه، إلى قسمين:

القسم الأول: عيوب جنسية تمنع الدخول (أمراض تناسلية)، وتُقسّم العيوب الجنسية إلى نوعين، أمراض غير معدية وأمراض معدية.

النوع الأول: الأمراض الجنسية غير المعدية

١- **العنة:** لغة: رَجُلٌ عِنِّينٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِتْيَانِ النِّسَاءِ، أَوْ لَا يَشْتَهِي النِّسَاءَ، وَامْرَأَةٌ عِنِّينَةٌ لَا تَشْتَهِي الرِّجَالَ، وَالْفُقَهَاءُ يَقُولُونَ بِهِ عُنَّةٌ، وَلَفْظُهُ عُنِّنَ عَنْ امْرَأَتِهِ تَعْنِينًا بِالْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ إِذَا حَكَمَ عَلَيْهِ الْقَاضِي بِذَلِكَ أَوْ مُنِعَ عَنْهَا بِالسِّحْرِ وَالِاسْمُ مِنْهُ الْعُنَّةُ[٣]. أما في الاصطلاح: فهي حالة تحصل للزوج لا يستطيع مباشرة زوجته لصغر ذَكَره، أو لضعف في آلته، أو لكبر في سنه[٤].

٢- **الجب:** معناه القطع، والمجبوب: الخصي الذي قد استؤصل ذَكَرهُ، وخصياه، والمجبوب عند بعض

---

(١) زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص٢٢٢.

(٢) حسن محمد كاظم وحيدر حسين كاظم وعلي شاكر عبد القادر، التفريق للعيوب التناسلية للزوجين في القانون والشريعة، مجلة جامعة كربلاء العلمية، تصدر عن كلية الحقوق-جامعة كربلاء، المجلد السابع، العدد(٣)، ٢٠٠٩م، ص٥٢-٥٣.

(٣) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة نشر، ص٤٣٢.

(٤) يوسف حسن حمد، أحكام العنين في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإسلامية، تصدر عن كلية الشريعة، جامعة تكريت، العدد (٩)، ٢٠١١م، ص٣١٧-٣١٨.

الفقهاء هو مَنْ قُطِعَ ذكرُه، وعند البعض الآخر هو مَنُ قطع ذكرُه كلّه أو بعضه، فلا يمكن الوطء به، وهو مخلٌّ بالاستمتاع المقصود من النكاح[١].

٣- **الخصاء:** بكسر الخاء، من سُلّت خصيتاه ونزعتا، وبقي ذكرهُ[٢].

٤- **التبول غير الإرادي:** وهو عبارة عن نزول لا إرادي للبول، تكون السيطرةُ العصبية على المثانة هي سيطرةٌ ضعيفة، لذلك يفقد الرجل سيطرته عند الجُماع، ممّا يسبب الشعور بالنجاسة وذهاب اللذة وزوال الشهوة، ويؤدي إلى عدم احترام أحد الزوجين للآخر، ويسبب إحراجًا شديدًا للاثنين معًا [٣].

٥- **العنيطة:** العَذْيَطَةُ: مصدرُ العِذْيَوْطِ، وهو الذي يُحدث عند الجماع، والمرأة عذيوطةَ، أو التغوط عند الجماع[٤].

٦- **العقم:** انعدام القدرة على الإنجاب، وأسبابه متعددة تختلف باختلاف الجنس؛ فعند الرجل تتمثل في الأسباب المتعلقة بالغدد التي تتحكم في إنتاج الخصيتَيْن، وأخرى تتعلق بالخصيتَيْن، وثالثة يعود للخلل في الربخ والحبل المنوي والحويصلات المنوية، ورابعة تكون نتيجة خلل في الجُماع، وأخيرًا خلل في السائل المنوي[٥].

النوع الثاني: الأمراض الجنسية المعدية

الأمراض الجنسية المعدية هي تلك الأمراض التي تنتقل عن طريق الاتصال الجنسي، أو بملامسة المصاب، أو أدواته الملوثة؛ هذه الأمراض متعددة ومتنوعة، قد تصيب الجهاز التناسلي، وما جاوره، أو تظهر لها أعراضٌ ومضاعفاتٌ أخرى بعيدة عن المنطقة التناسلية[٦]. ولا يمكن حصر هذه الأمراض، نظرًا للتطور العلمي المستمر، إذ يتم الكشف هن أمراضٍ جديدة لم تكن معروفة مسبقًا، ومن

---

(١) أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية والفسخ والتفريق والخلع، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠٠٩م، ص١٢٤؛ نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية، ٢٠٠١م، ص٥١.

(٢) عبد الودُود السريتي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص٢٩٢؛ كوثر مهدي جاسم، حكم التفريق بين الزوجين بالعيوب والعلل، مجلة ديالى للبحوث الإنسانية تصد كلية تربية الأصمعي – جامعة ديالى، العدد(٤٣)، ٢٠١٠م، ص٥٠٤؛ نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب، مرجع سابق، ص٦٢.

(٣) فريدة المناوي، أسباب وعلاج التبول الإرادي والفرق بينه وبين سلس البول، مقالة منشورة على موقع البداية الجديدة على شبكة الإنترنت: http: //www.albedaya-algadida.com/article-3902.html، آخر زيارة: ٢٠١٤/٥/١٥.

(٤) أبو النصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج٣، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٧م، ص١١٤٢.

(٥) باسم محمد شهاب، عيوب الزوجية وأثرها في تقويض الروابط الأسرية، مرجع سابق، ص٣٨٤.

(٦) محمود حجازي، الأمراض التناسلية والجنسية، منقول عن موقع الدكتور على شبكة الإنترنت من قسم معلومات عامة: http://www.dermatologyinfo.net/arabic/book2/subject/subject.htm
آخر زيارة: ٢٠١٤/٥/١٥.

هذه الأمراض:

١- **الزهري:** وهو مرض تناسليٌّ تُسبِّبه البكتريا اللولبية الشاحبة ينقلُ دائمًا بالجُماع، أو خلال اتصال سوائلِ جسمِ شخصِ المصاب إلى سوائل جسم الشخص السليم، أي سوائل تصل للدم، كاللعاب والمني، أو إفرازات الجهاز التناسلي(١).

٢- **السيلان:** وهو مرض معدٍ ينتقل نتيجةَ الاتصال الجنسيِّ من شخصٍ مصابٍ إلى شخصٍ سليمٍ، وسببهُ ميكروب صغير من الفصيلة العنقودية، يدخل إلى داخل كريات الدم البيضاء، وعدم معالجة هذا المرض يؤثّر على المفاصل وصمّامات القلب(٢).

٣- **الأيدز:** وهو من الأمراض الحديثة سريعة الانتشار، أُكتشف في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٨١م، ويُمكن تشخيص المرض من خلال مجموعةٍ من الأعراض المَرَضيّة، التي يدلّ ظهورها على أنّ المصاب يعاني فقدان المناعة المكتسبة، إذ يستهدف هذا المرضُ خلايا الجهاز المناعي، ويتسبب في تدمير وظائفها، أو تعطيلها؛ ومن أعراض هذا المرض أيضًا ارتفاع درجة الحرارة للمصاب بالمرض، وظهور طفح جلديّ أو بقع جلدية، وفقدان الوزن، والحمى، والإسهال، والسعال(٣).

القسم الثاني: عيوب لا جنسية لا تمنع الدخول، ولكنها أمراض منفرة بحيث لا يمكن المقام معها إلّا بضرر، وتقسم هذه العيوب إلى نوعين: أمراض معدية وأمراض غير معدية

النوع الأول: الأمراض اللاجنسية المعدية

هناك أمراض تصيب جسد الرجل لا تمنع من الدخول، ولكنها أمراض منفرة مخيفة معدية تضر بالزوجة وهي:

١- **الجذام:** وهو علّة يحمر بسببها العضو الذي تنزل به، ثم يسود، ثم ينقطع ثم يتناثر؛ وهو من أقدم الأمراض المعروفة، وتظهر أعراض هذا المرض على الجلد فيسبب فيه أورامًا ذات منظر خاص تشوّه الوجه، وأكثر ما يستقر في الأنف، فيسبب جدوع الأنف، كما يستقر في الأطراف مُسبِّبًا تشوّه الأصابع، وسقوط السلاميات، وضمور في العضلات، وبطلان الحس في المناطق التي يصيبها

---

(١) كوثر مهدي جاسم، حكم العيوب بين الزوجين للعيوب والعلل، مرجع سابق، ص٥٠٤.
(٢) محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، ط٢، دار المنارة، جدة، ١٩٨٦م، ص٢٨٩.
(٣) الإيدز والعدوى بفايروسه، مقالة منشوره على الموقع الإلكتروني الخاص بمنظمة الصحة العالمية: http://www.who.int/features/qa/71/ar تاريخ آخر زيارة: للموقع في ٢٠١٤/٥/١٥.

المرض[١].

٢- **الجرب: لغة** هو داءٌ جلديٌّ، مصدر الفعل جرب بالكسر، فهو أجرب، وبابه طرب، وقوم جرب وجربى وجمع الجرب جراب بالكسر[٢]. هو مرض مُعدٍ شائع يسبب بثورًا حاكة صغيرة بسبب قمل صغير جدًّا "سوسة، عثة"، تسمّى القارمة الجربية، يلجأ إلى الحفر في الطبقة العليا لجلد الإنسان ليضع بيضه. تظهر الحفر كالأخاديد أحيانًا متموجة، قصيرة ومحمرة، أو على شكل خطوط مظلمة على سطح الجلد[٣].

النوع الثاني: الأمراض اللاجنسية غير المعدية:

تصيب الرجل بعض الأمراض التي لا تمنع من الدخول، وهي غير معدية، لكنها منفرة ومخيفة، ومنها ما تسمى أمراضًا عقلية، كالجنون والصرع والفصام "الشيزوفرينا"، ومنها وما يسمى أمراضًا جسدية كالبرص، ومن هذه الأمراض على سبيل المثال لا الحصر:

١- **الجنون:** وهو مرض يصيب العقل، يمنع الرجل المصاب به من الإدراك، فلا يميز ما هو ضار وما هو نافع، ويصاحب المصاب به هياج واضطراب في الغالب، ويعرض الناس للأذى[٤].

٢- **الصرع:** لغة: الطَرْح بالأرض للإنسان[٥]. وهو من يعتبر الصرع من الأمراض العصبية الأكثر انتشارًا حيث يصيب ١% من الصغار والكبار. ومن أعراضه حدوث نوبات غياب عن الوعي قد تكون شديدة أو خفيفة. وسبب المرض كما تبين من خلال البحوث الطبية هي نتيجة لخلل في موجات المخ الكهربائية نتيجة شحنات زائدة من بؤرةٍ نشطةٍ تُسبِّب إثارة الخلايا العصبية[٦].

٣- **البرص:** وهو بياض في الجلد يذهب الدم وما تحته من اللحم. ويعدّ هذا المرض ثانويًّا يرافق الأمراض العامة؛ وهو إمّا ولادي يظهر في بعض العوائل، ويصيب جميع الجسم، ويفقد الجلد صبغته؛ إما ثانوي يرافق بعض الأمراض، كالسفلس والجذام وداء الصدف بعد شفائه[٧].

---

(١) علاء الدين خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مرجع سابق، ص٧٩.

(٢) زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص٥٥.

(٣) الموقع الإلكتروني للموسوعة الحرة على شبكة الإنترنت ويكيبيديا:
http: //ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AC%D8%B1%D8%A8 ، تاريخ آخر زيارة: ٢٠١٢/٥/١٥.

(٤) محمد بن أحمد الأزهري الهروي، تهذيب اللغة، ج٢، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١م، ص١٧.

(٥) علاء الدين خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مرجع سابق، ص٨٠.

(٦) الدكتور لطفي الشربيني، الطب النفسي وهموم الناس، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص١٤٥.

(٧) علاء الدين خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مرجع سابق، ص٧٩.

الفرع الثاني: آراء الفقهاء وأدلتهم في حق الزوجة طلب التفريق بسبب العيوب والعلل

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز التفريق بين الزوجين للعيوب والعلل إلى اتجاهين:

اتجاه يرى المنع، واتجاه يرى الإباحة، والذين قالوا بالإباحة على قسمين، قسم يرى ثبوت هذا الحق للزوجة فقط دون الزوج، وقسم آخر يرى ثبوته لكلا الزوجين، وعليه يأتي تقسيم هذا الفرع وفق النسق الآتي:

أوّلًا: الاتجاه الأول: منع التفريق بين الزوجين مطلقًا.

ثانيًا: الاتجاه ثاني: جواز التفريق للعيوب والعلل.

أوّلًا: الاتجاه الأول: منع التفريق بين الزوجين مطلقًا[١]

ذهب جانب من الفقهاء المسلمين إلى القول بمنع التفريق بين الزوجين مطلقًا، فلا يحق لأحد الزوجين أن يطلب التفريق من القاضي بحجة قيام الضرر، وكما لا يجوز للقاضي استجابة لمثل هذا الطلب، وهذا الرأي يمثله فقهاء الظاهرية، إذ جاء في المحلى: "لا ينفسخ النكاح بعد صحته لا بجذام حادث ولا ببرص ولا بجنون ولا بعاهة ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب"[٢].

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بأدلة، منها:

١- قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[٣]، إذ يكون الضرر اللاإرادي المتمثل بالعيوب والعلل هو ليس في وسع الإنسان، وغير خاضع لإرادته واختياره، فلا يحاسب عليه[٤].

٢- الزواج الصحيح يثبت بكتاب الله والسنة، ومَنْ فرق بينهما بغير الكتاب والسنة يسري عليه حكم قوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾[٥].

٣- عدم وجود سابقة قضائية عن الرسول(ﷺ) مع عرض مثل هذه القضايا عليه، منها: قضية زوجة عبد الرحمن بن الزبير الذي كان مصاب بالعنة، ومع ذلك لم يفّرق بينهما[٦].

---

(١) المقصود بالإطلاق: إطلاق العيب ليشمل جميع أنواعه المانع من الدخول، والمنفر والمعدي، كما يشمل العيب في كل من الزوجين؛ ينظر في هذا الصدد: نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب، مرجع سابق، ص٢٦.

(٢) ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، ج٩، مصدر سابق، ص٢٧٩.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٨٦.

(٤) حسن محمد كاظم وحيدر حسين كاظم وعلي شاكر عبد القادر، التفريق للعيوب التناسلية للزوجين في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص٥٥.

(٥) سورة البقرة، الآية ١٠٢.

(٦) مصطفى الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص١٨٠؛ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩م، ص٢١٢.

٤- من الضرورات الدينية أنّ الزواج الصحيح لا ينتهي إلّا بالطلاق أو الموت، فلا يوجد نصّ صريح على جواز إنهاء علاقة زوجية بغيرهما[١].

ثانيًا: الاتجاه الثاني: جواز التفريق بسبب العيوب والعلل

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى جواز التفريق بين الزوجين في هذه الحالة، إلّا أنهم اختلفوا في موضعين: هل يثبت الحق لكلٍّ من الزوجين أو للزوجة فقط؟ وما هي العيوب والعلل التي يتثبت بها حق التفريق. انقسم الفقهاء في هذا الاتجاه إلى رأيين:

الرأي الأول: جواز التفريق للعيوب والعلل حقٌّ ثابت للزوجة فقط

وأصحاب هذا الرأي هم الحنفية، إذ استدلوا على ذلك بقدرة الزوج على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، أمّا المرأة فلا تملك الطلاق[٢]، فللزوجة حقٌّ طلب التفريق إذا كان زوجها مُصابًا بعلّة من العلل التناسلية، كالعنة والجب والخصاء، أمّا بقية الأمراض السارية المنفرة فلم يرَ أبو حنفية ولا أبو يوسف منحها هذا الحق؛ والسبب أن الأصل عدم الخيار لِما فيه إبطال حق الزواج، وإنما يثبت الخيار في العيوب التناسلية لأنها مخلة بالمقصود الذي شُرّع لأجله الزواج[٣]. إلا أن هذا الرأي قد لا يناسب الواقع، وقد يكون بعيد عن الصواب، والسبب في ذلك فقط أنّ العلاقة بين الزوجين ليست هي علاقة جسدية فقط، وإنما هي علاقةُ سكينةٍ ومودةٍ ورحمةٍ، وإذا كان التفريق يقتصر فقط للعلل التناسلية، فهناك أمراض منفرة ومخيفة تمنع حصول مقاصد الزواج.

إلّا أن محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة، لم يفرّق بين العيوب التناسلية وغيرها في ثبوت حق طلب التفريق لها, بل زاد في تحديد العيوب والعلل غير التناسلية، بالجنون والجذام والبرص؛ لأنها أمراضٌ لا تستقيم معها الحياة الزوجية، فهي تورث مع النفرة ما يمنع القربان عادةً فأشبهت بالجب ونحوه. لكن يرى الكاساني أنّ محمد بن الحسن الشيباني لم يقل بحصر الأمراض والعلل وتحديدها، فقد جاءت هذه العيوب بصيغة التمثيل[٤]. وهذا الرأي هو المناسب؛ لأن معيار الضرر هو الضرر اللاإرادي بغض النظر عن المرض، مادام الزوج الآخر لا يستطيع أن يتعايش مع زوجه، ويتحمل هذا الضرر.

---

(١) مصطفى الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص١٨١.

(٢) حرمان الزوج من التفريق بحجة أنه يملك حق التفريق فيه إجحاف بحقه؛ لأن التفريق قضاءً، يختلف عن الطلاق في بعض الآثار، فالتفريق قضاءً يُسقِط مهر المرأة المؤجل، أما في الطلاق، سواء كان التقصير من المرأة أو لا، فالزوج ملزم بالمهر المؤجل.

(٣) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٥، مصدر سابق، ص٩٦.

(٤) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج٣، مصدر سابق، ص٥٩٧؛ نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب، مرجع سابق، ص١٥٨.

واشترط الحنفية للتفريق بسبب للعيوب والعلل ما يأتي:

١- أنْ لا يصدر عن الزوجة ما يدلّ على الرضا بالعيب.

٢- أنْ لا يكون العيب طارئًا بعد الدخول[١].

٣- أنْ يكون الحُكم بالتفريق بعد سنة من الدعوى.

٤- عند مطالبة الزوجة بالتفريق للعنة، يجب أنْ لا تكون رتقاء، لأن السبب قائم فيها أيضًا، فلا يحقّ لها المطالبة بالمعاشرة الجنسية.

٥- تقديم طلب إلى القاضي[٢].

٦- لا يحق للزوجة تقديم طلب إلى القاضي إذا جنّ زوجها، أو أصبح عنينًا بعد الزواج، وكان قد دخل بها ولو مرة واحدة[٣]. والفرقة عندهم طلاق وليس بفسخ[٤].

الرأي الثاني: جواز التفريق للعيوب والعلل حق ثابت للزوجين معًا

وأصحاب هذا الرأي هم كل من المالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية.

أوّلًا: المالكية.

أجاز المالكية لأي من الزوجين طلب التفريق للعيوب إذا وجد في الزوج الآخر عيبًا من العيوب الموجبة للتفريق. والأمراض والعلل الموجبة للتفريق عندهم محدّدةٌ، منها مشتركة، كالجنون والجذام والبرص والعذيطة، ومنها خاصة بالزوج، كالعنة والخصاء والجب والاعتراض، ومنها تنفرد به الزوجة، كالرتق والقرن والعفل[٥]، والبخر والإفضاء[٦]. ويحق لكليْ الزوجين طلب التفريق إذا وجد عيبًا في صاحبه

---

(١) مصطفى الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص١٨٩.

(٢) كمال الدين محمد ابن همام، فتح القدير، ج٤، مصدر سابق، ص٢٩٩.

(٣) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج٢، مرجع سابق، ص٦٩١.

(٤) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٩، مرجع سابق، ص٧٧؛ أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦م، ص٨٢.

(٥) الرتق: هو انخراق ما بين فتحة البول والمني، تمنع لذة الوطء. والعفل: لحم زائد ينبت في الفرج يمنع الوطء. والإفضاء: هو انخراق ما بين السبيلين (أي القبل والدبر في المرأة) والقرن: هو لحم أو عظم سميك يشبه قرن الشاة ينبت في الفرج بحيث تمنع دخول الذكر؛ جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، مصدر سابق، ص٥٤١؛ أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعًا وفقهًا وقضاءً، مرجع سابق، ص٢١٤؛ كوثر مهدي جاسم، حكم التفريق بين الزوجين بالعيوب والعلل، مرجع سابق، ص٥٠٤؛ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ج١، مرجع سابق، ص٢١٢.

(٦) أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٣، مصدر سابق، ص٣٨٠.

قبل الدخول أو أثناء العقد، أما بالنسبة للعيوب الطارئة بعد العقد فلا يحق للزوج الخيار، فإنْ شاء أمسك، وإنْ شاء طلق، أمّا إذا طرأ العيب بعد العقد في الزوج، فللزوجة حقّ طلب التفريق مع تفضيلات حسب نوع العيب الذي أُبتلي به الزوج، فلها الحق بالتفريق إذا كان العيب جنونًا أو جذامًا أو برصًا لشدة التأذي منه، أمّا العيوب التناسلية فليس لها حق طلب التفريق(١).

وهم بالإضافة إلى الأخذ بفكرة تحديد الأسباب اشترطوا توافر ما يأتي:

١- أنْ يكون العيب موجودًا عند العقد أو قبله، أمّا العيوب والعلل الطارئة بعد الزواج، فلا تبرّر التفريق؛ باستثناء البرص والجذام المضر، إذ أعطوا هذا الحق للزوجة فقط، وإنْ حدث بعد العقد، والسبب في ذلك أنّ الزوج قادرٌ على طلاقها إذا تضرر منها.
٢- أنْ لا يكون الطرف السليم عالمًا بالسبب قبل العقد وراضيًّا به بعده، فإنْ علم بالعيب ورضي به بالقول أو الفعل، فلا يحق له أنْ يطلب التفريق.
٣- أنْ يؤجل التفريق سنة واحدة من تاريخ طلبه في كل مرض يُرجى شفاؤه. وتبدأ السنة من يومِ ضربِ الأجل، لا من يوم تقديمِ الطلبِ إلى القاضي بالتفريق، والتفريق عندهم طلاقٌ بائن(٢).

ثانيًا: الشافعية

أخذ فقهاء الشافعية بتحديد الأسباب، وهي عندهم سبعة: منها مشتركة، كالجنون والجذام والبرص، ومنها مختصة بالزوج كالعنة والجب، ومنها تنفرد بها الزوجة كالرتق والقرن(٣). أمّا بالنسبة إلى العيب الحادث بعد الزواج، كالعيب الحاصل قبله، لتضرر الزوجة به، وكالعيب المقارن للعقد، ولا سبيل للزوجة إلّا بطلب التفريق، باستثناء طروء العنة بعد الدخول، فلا يجوز طلب التفريق لحصول مقصود النكاح واستيفائها حقها ولو مرة واحدة(٤).

واشترطوا للتفريق توفر الشروط الآتية:

١- أنْ يكون طلبُ التفريقِ بعد العلم بالعيب مباشرة، فكلُّ تأخيرٍ دون العذر، يسقط الحق قياسًا على خيار العيب في المبيع.

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج٢، مرجع سابق، ص٦٨٣-٦٨٤.
(٢) محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج٣، مصدر سابق، ص٢٣٥؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٩، مرجع سابق، ص٧٨.
(٣) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، مصدر سابق، ص٢٧٢-٢٧٣.
(٤) وهبة الزحيلي، الفقه المعاصر وأدلته، ج٩، مرجع سابق، ص٧٠٥٥.

٢- أنْ يكون التفريق بالعنة بعد تأجيل سنة من تاريخ الدعوى.

٣- ثبوت السبب المدعى به لدى القاضي.

٤- ألّا تكون العنة حادثة بعد الدخول، وإلّا فلا تبرر التفريق.

٥- أنْ لا يكون كلاهما مجنونَيْن لأن التفريق لا يكون إلّا بعد طلبٍ من أحد الزوجين، والمجنون ليس أهلا للطلب.

٦- وبعد تحقق هذه الشروط يتولى القاضي التفريق، فإنْ لم يوجد فالحاكم، وإلّا فللزوجة حقُّ الفسخ بنفسها للضرورة، والفرقة عندهم فسخ، وليس طلاقًا[١].

ثالثًا: الحنابلة

لا خلاف عند فقهاء الحنابلة في التفريق للعلل التناسلية المانعة من المعاشرة الجنسية، لكن إذا كان المانع موجودًا لدى الطرفين بأنْ يكون الزوج عِّنينًا والزوجة رَتقاء، ففي أحد القولين لهم لا يفرق بينهما[٢]، والعيوب التي تثبت ثلاثة أقسام، ما يختص بالرجال، كالجب والعنة والخصاء، وما يختص بالمرأة، كالرتق والفتق، وما يشتركان فيه، كالجنون والجذام والبخر[٣] والبرص واستطلاق البول، أو يجد أحدهما الآخر خُنثَا مُشكلًا[٤]. واختلفوا في التفريق، هل يتم قبل العقد، أو بعده، فذهب قسم من الحنابلة إلى ثبوت الخيار بعد العقد[٥].

وشروط التفريق بالأمراض والعلل عند الحنابلة هي:

١- أنْ يكون السبب موجودًا حين العقد، ولا يعلم به الطرف السليم؛ أمّا الحادث بعد العقد ففيه قولان: أحدهما يُجِّوز، والآخر لا يُجِّوز.

٢- أنْ يكون التفريقُ لعيب فور ثبوته عند القاضي، إذ لا يمنح المريض أجلًا للتأكد من شفائه مع استثناء العنة والخصاء، ويجب تأجيل التفريق سنة واحدة من حين الترافع.

٣- تقديم طلب من المتضرر، واقتناع القاضي بوجود الضرر، والفرقة عندهم فسخ[٦].

---

(١) شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٦، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤م، ص٣١٤ وما بعدها؛ كوثر مهدي جاسم، حكم التفريق بين الزوجين بالعيوب والعلل، مرجع سابق، ص٥٠٩.

(٢) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص١٨٧.

(٣) البخر قيل هو نتن في الفم، وقيل نتن في الفرج تثور عند الوطء؛ ينظر في هذا الصدد: كوثر مهدي جاسم، حكم التفريق بين الزوجين بالعيوب والعلل، مرجع سابق، ص٥٠٤.

(٤) محفوظ بن أحمد بن الحسن، الهداية على مذهب الإمام أحمد، مصدر سابق، ص٣٩٣ وما بعدها.

(٥) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص١٨٧.

(٦) أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص٤١٨-٤١٩.

رابعًا: الجعفرية

حدّد الفقهاء الجعفرية العيوب الموجبة، فهي خمسة عند الرجل: الجنون والجذام والخصاء والعنة والجب؛ وعند المرأة تسعة البرص والعمى والإقعاد والجنون والجذام والقرن والعفل والرتق والإفضاء[١]. وفي رأيٍ لهم أنّ الجذام والبرص ثابتان للزوج فقط دون الزوجة، لكن في رأي آخر عندهم أنّ حقّ التفريق بالنسبة للجذام والبرص ثابت للزوجين واستدلوا على ذلك بقول الصادق –عليه السلام–: "إنَّما يرد النكاح من البرص والجذام"[٢].

واشترط الجعفرية توافر شروط للتفريق بين الزوجين بسبب العيب:

١– أنْ يكون العيب موجودًا قبل العقد إلّا أنّهم اختلفوا بالعيوب الحادثة بعد العقد، فإذا كان التفريق للجنون، فللزوجة حق التفريق به إذا كان حادثًا بعد العقد وقبل الدخول أو بعده، أمّا الزوج فليس له هذا الحق، وأمّا بالنسبة للعيوب الأخرى فعند فقهاء المذهب الجعفري ثلاثة أقوال:

أ– ليس للزوجين حق طلب التفريق بالعيب الحادث بعد العقد.

ب– للزوجين حق التفريق بالعيب الحادث بعد العقد، سواء حدث هذا العيب بعد الدخول أو قبله.

ج– للزوجين حق التفريق بالعيب الحادث بعد العقد وقبل الدخول[٣].

٢– أنْ يكون الفسخ بعد العلم بالعيب فورًا وإلّا يبطل بطل خياره.

٣– إذا كان التفريق للِعنة، يجب أنْ لا يكون طارئًا بعد الدخول، ولو كان الدخول مرة واحدة، ومع ذلك فيجب تأجيل التفريق سنة من حين الترافع[٤].

لا يحتاج فسخ النكاح إلى حكم الحاكم، ولو كان الزوج عنِّينًا يشترط الحاكم لضرب الأجل وليس لإيقاع الفرقة[٥]. والتفريق عند فقهاء هذا المذهب يُعدّ فسخًا وليس طلاقًا[٦].

---

(١) جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، مصدر سابق، ص٥٤١؛ محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص٣٨٠، ص٣٩٠.

(٢) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص٣٨٢.

(٣) شرائع الإسلام، جعفر بن الحسن الحلي، ج٢، مصدر سابق، ص٥٤٢؛ مصطفى الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص١٨٥.

(٤) أبي منصور الحسن الحلي، قواعد الأحكام، ج٣، مؤسسة النشر الإسلامي، طهران، ١٤١٩هـ، ص٦٦.

(٥) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٩، مرجع سابق، ص٥٧– ص٧٨.

(٦) جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، مصدر سابق، ص٥٤٢.

وقد استدل أصحاب الاتجاه الثاني القائلون بجواز التفريق للعلل بعدة أدلة، ردّوا بها حجج وأدلة أصحاب الاتجاه الأول وأدلتهم، القائلين بمنع عدم جواز التفريق للعيوب بالآتي:

١- قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾، فوجود أيِّ عيبٍ يمنع من تحصيل مقاصد الزواج، والتمتع بالحياة الزوجية، يتعين التسريح وبه يكون التفريق.

٢- التفريق للضرر عملًا بالسنة لقوله(ﷺ): "لا ضرر ولا ضرار" الذي يُعدّ قاعدة شرعية تفيد نفي الضرر، وقوله(ﷺ): "فر من المجذوم فرارك من الأسد"[١]. والتفريق طريق الفرار، ولو لزم النكاح مع الجذام لما أمر بالفرار. وهذا ما روي عن حماد بن عثمان عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، أنه قال في الرجل يتزوج إلى قوم فإذا امرأة عوراء ولم ينبؤوا به، قال: "لا يرد إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل"[٢].

٣- قوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾[٣]، وردت هذه الآية بشأن التفريق عن طريق السحر وليس العيوب والعلل[٤].

٤- إنّ زوجة عبد الرحمن بن الزبير لم تطلب من الرسول(ﷺ) التفريق بينها وبين زوجها لكونه عنِّينًا، وإلّا فرّق الرسول(ﷺ) لإزالة الضرر، ورفع الظلم، والدليل هو سؤالها الذي يدور حول حكم رجوعها إلى زوجها الأول رفاعة، إنْ طلقها عبد الرحمن بن الزبير بقرينة قول الرسول(ﷺ): "أتريدين الرجوع إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك"[٥] أي بعد أن يتم الدخول.

وبعد الانتهاء من آراء الفقهاء[٦]، نرى أنهم أخذوا بالحصر والتحديد مع أن ذلك يتعارض مع علّة التشريع بتلك الأمراض، وهي إزالة ضرر المتضرر؛ لأن الاستغراق في العيوب التي عدّها الفقهاء والعيوب التي اكتشفها الطب حديثًا، إذ نجد هناك أمراضًا عديدة وأشد خطورة، وأيضًا هناك ما يعدّه بعض الفقهاء عيبًا، ولم يعده البعض الآخر عيبًا. لذلك نرى أنّ ضابط العيوب التي يفرق بها بين الزوجين،

---

(١) محمد بن عبد الباقي المصري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج٤، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة ٢٠٠٣م، ص٥٢٨.

(٢) ميرزا حسن النوري، مستدرك الوسائل، ج١٥، ط٢، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، بيروت، ١٩٨٨م، ص٤٥.

(٣) سورة البقرة، الآية ١٠٢.

(٤) حسن محمد كاظم وحيدر حسين كاظم وعلي شاكر عبد القادر، التفريق للعيوب التناسلية للزوجين في القانون والشريعة، مرجع سابق، ص٥٥.

(٥) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، مصدر سابق، ص٣٠٠، رقم الحديث ٢٨٨٦.

(٦) باستثناء محمد بن حسن الشيباني صاحب أبي حنيفة فلم يقم بتحديد العيوب، وإنما ذكرها بصيغة التمثيل لا الحصر.

سواء العيوب التي ذكرها الفقهاء، أو التي اكُتشفت مؤخرًا، هو بالنظر إلى الزواج نظرةً مقاصدية، سنجد أنه شُرع لتحقيق مقاصد وأهداف متعددةٍ، مثل التناسل والتكاثر والاستمتاع والمودة، والرحمة، فكلُّ عيبٍ يمنع حصولَ مقاصد الزواج التي من أجلها شرّع النكاح يُعدّ عيبًا، يستوجب التفريق.

الفرع الثالث: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

جعل الله سبحانه وتعالى الزواج سبيلًا لسكون النفس، ولراحة القلب، ولهدوء البال، فقال جل شأنه: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1]. وهذا هو التخطيط الإلهي، والوضع الطبيعي بين الزوجين. والرابطة الزوجية إذا لم تكن العلاقة بين أعضائها – وهم الزوجان– قائمة على الوفاق والوئام، لا يمكن أنْ تؤدي إلى الثمرات المرجوة من ورائها، فإذا كان بالزوج علّة من العلل الخلقية، أو مرض من الأمراض البدنية التي لا يمكن المقام معه، لا سيما اذا كان المرض يستحيل شفاؤه، فيؤدي إلى نفور الزوجة وتعذر تحقيق مصالح الزواج.

وبعد أنْ كشفت لنا الصفحات السابقة من دراستنا، أنّه يحق للطرف المتضرر طلب التفريق وفقًا لآراء جمهور الفقهاء، فما هو موقف قانون الأحوال الشخصية من تلك العيوب والعلل.

لقد أعطت المادة(٤٣/ أوّلًا) من قانون أحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، الحق للزوجة طلب حل الرابطة الزوجية، وحدّدت الفقرات(٤، ٥، ٦) من المادة بعض العيوب التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية.

ومن أسباب طلب الزوجة التفريق هي:

١- نصَّت الفقرة الرابعة من المادة (٤٣/أوّلًا) على أنه: إذا وجدت زوجها عنِّينًا أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية، أو إذا أُصيب بذلك بعد الدخول بها، وثبت عدم إمكان شفائه منها في تقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة على أنه إذا وجدت المحكمة أنّ سبب ذلك نفسي، فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة أنْ تُمكّن زوجها من نفسها خلالها.

ويلاحظ من مضمون المادة أعلاه أنه يجوز للزوجة طلب التفريق إذا لم يستطع الزوج الدخول

---

(١) سورة الروم، الآية ٢١.

بها، سواء كان مصابًا بمرض العنة، هو عدم القدرة الجنسية، أو لم يستطع الدخول لسبب متعلق بجهازه التناسلي، سواء قبل الدخول أو بعده، ومن خلال تحليل المادة أعلاه نجد أن المشرّع العراقي قد ذكر في هذا النص نوعين من العنة:

أ- **العنة النفسية:** فالمحكمة عند إصابة الزوج بعنة نفسية، كالخجل أو الخوف مثلًا، لا تحكم بالتفريق، بل تتأكّد من عدم إمكانية شفائه عن تقرير صادر من اللجنة الطبية المختصة، ومن ثم تؤجل الدعوى لمدة سنة واحدة، وتُكلّف الزوجة بمطاوعة زوجها خلال هذه المدة، فإنْ عجز رغم انتهاء الأجل من الوصول لزوجته، حكمت المحكمة بالتفريق.

ب- **العنة العضوية:** تحكم المحكمة بالعنة العضوية بالتفريق بعد ثبوت ذلك في تقرير صادر عن لجنة طبية مختصة، دون الحاجه إلى تأجيل الدعوى، ويقصد بها عدم قدرة الزوج بمعاشرة زوجته جنسيًّا[١].

ومن خلال هذه المعطيات، نرى أنّ المشرّع العراقي قد فرّق بين العنة النفسية والعنة العضوية، لأن العنة النفسية غالبًا ما تكون لأسباب نفسية مؤقتة يُمكِن معالجتها وزوالها.

ففي قرار صادر عن محكمة التمييز: "تأييد للمحكمة على ضوء كتاب الطب العدلي أنّ غشاء البكارة للزوجة غير ممزق، كما أنّ محكمة الموضوع بموجب كتابها، بلغت المميز وطلبت منه الحضور لغرض إرساله إلى الفحص لبيان إذا ما كان مصاب بالعنة النفسية أو العضوية، وفي حالة رفضه أو تخلفه عن الحضور، تستند المحكمة على ذلك قرينة على حسم الدعوى"[٢].

وفي قرار آخر: لا يجوز لمحكمة الأحوال الشخصية الحكم بالتفريق للعنة دون الاستناد إلى رأي اللجان الطبية"[٣].

٢- نصّت الفقرة الخامسة من المادة (٤٣/أوّلًا): "إذا كان الزوج عقيمًا أو أُبتلي بالعقم بعد الزواج، ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة".

يستفاد من نص المادة أعلاه، أنّ المشرع اتّجه إلى اعتبار العقم سببًا من أسباب التفريق، وقد أعطى الحق للزوجة فيما إذا ثبت أنّ زوجها عقيم، أو مبتلى بالعقم بعد الزواج، شريطة أن لم يكن لها ولد

---

(١) ضياء كاظم الكناني، انحلال الرابطة الزوجية في التشريع العراقي، مرجع سابق، ص١٧٣.

(٢) قرار محكمة التمييز في العدد ١٩٣٢/ شخصية أولى/٢٠١١، في ٢٠١١/٤/٥؛ ينظر: رزاق جبار علوان، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية- قسم الأحوال الشخصية، ج٢، مرجع سابق، ص٣٥٠.

(٣) قرار محكمة التمييز في العدد٨١٤ في ٢٠١١/٢/٢٢؛ ينظر: موقع مجلس القضاء الأعلى على شبكة الإنترنت، قسم قرارات تميزية: http: //qanoun.iraqja.iq/view.1624، تاريخ الزيارة ٢٠١٤/٥/٦.

منه على قيد الحياة. أمّا إذا كانت الزوجة عقيمة، فلا يحقّ للزوج طلب التفريق، إذ بإمكانه إنْ شاء إقامة دعوى طلاق وفق المادة (٣٩) من القانون[١]. كما يحق له الزواج من زوجة ثانية للحصول على الولد.

ولا يشترط أنْ يكون عقمُ الزوج قبل الدخول؛ إذ يعدّ العقم الطارئ بعد الدخول الزوج بزوجته، يبيح لها طلب التفريق أيضًا، وعلى العكس من ذلك تحرم الزوجة من طلب التفريق لعقم الزوج، إذا أثمر الزواج ولدًا واحدًا سواء كان ذكرًا أم أنثى، وبقي على قيد الحياة[٢]. وهذا ما جاء في قرار محكمة التمييز: "للزوجة طلب التفريق إذا كان الزوج عقيمًا أو ابتلي بعد الزواج ولم يكن لها ولد على قّيد الحياة"[٣] .

ويثبت العقم في كل الأحوال بالإحالة إلى معهد الطب العدلي، والمقصود بالعقم هنا، هو الذي لا يرجى شفاءه، أمّا إذا تضمّن التقرير الصادر عن اللجنة الطبية أنّ المدعي بحاجة إلى علاج، لا تُردّ دعوى الزوجة، ولا يحكم بالتفريق، بل يمهل الزوج مدة معينة تحددها اللجنة الطبية من أجل العلاج، ومن ثم إرساله للفحص مرة ثانية للتأكّد من حالته المرضية[٤]. ففي قضية جمعت بين زوجين، صادقت محكمة التمييز على قرار محكمة الموضوع بالتفريق بين الزوجين بسبب عقم الزوج، إذ جاء مضمون قرار محكمة التمييز" إنّ القرار صحيحٌ، وموافق لأحكام الشرع والقانون للأسباب التي استندت إليها، وذلك لأن الثابت من اللجنة الطبية أنّ الزوج مُصابٌ بعقم أولي لمدة خمس وثلاثين سنة، ويحق للزوجة طلب التفريق لهذا السبب، استنادًا لإحكام المادة (٤٣/أوّلًا) الفقرة (٥)[٥].

٣- نصت الفقرة (٦) من المادة (٤٣/أوّلًا): إذا وجدت بعد العقد أنّ زوجها مبتلىً بعلة لا يُمكِن معاشرته بلا ضرر، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون، أو أنه قد أُصيب بعد ذلك بعلّة من هذه العلل أو ما يماثلها، على أنه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي أنّ العلّة يؤمل زوالها، فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة، وللزوجة أنْ تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل، أما

---

(١) نص المادة (٣٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩المعدل على: "مَنْ أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في محكمة الأحوال الشخصية بطلب إيقاعه واستحصال حكم به فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة ".

(٢) عباس زياد السعدي، الطلاق وأحكامه وآثاره، مرجع سابق، ص٨٣.

(٣) قرار محكمة التمييز في العدد ٧٥٠ في ٢٠٠٨/٤/٢١؛ ينظر: موقع مجلس القضاء الأعلى على شبكة الإنترنت، قسم قرارات تمييزية: http: //qanoun.iraqja.iq/view.407، تاريخ الزيارة: ٢٠١٤/٥/٦.

(٤) عبد القادر إبراهيم وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص٢٨٧.

(٥) قرار محكمة التمييز في العدد٢٠٨٠/شخصية أولى/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/٦؛ ينظر: دريد داود سلمان الجنابي، المبادئ القانونية الأحوال الشخصية في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ج٣، مرجع سابق، ص١٢٥.

إذا وجدت المحكمة أنّ العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة، وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها، فيحكم القاضي بالتفريق.

لقد بيّنت هذه الفقرة أنّ من أهم الحالات التي يتعذّر معها استمرار الحياة الزوجية، وجود علة في الزوج لا يؤمل زوالها، والفقرة جعلت العلة المبررة لطلب التفريق، شاملة للعلل العقلية، كالجنون والخبل والصرع، والعلل العضوية الجسمية، كالجذام والبرص والسل الرئوي، والعلل الجنسية، كالجب والعنة والخصاء والزهري. وما إلى ذلك من العيوب، التي يطول ذكرها، والتي تنفر النفس منها كونها معدية أو مخيفة، أو التي تمنع حصول مقاصد الزواج من الألفة والمحبة، والاستمتاع والتكاثر[١].

والأمراض التي ذكرها المشرّع أعلاه تأتي على سبيل المثال لا الحصر، وهذا ما نفهمه صراحةً من العبارة الواردة فيه: "أو ما يماثلها" وأصاب المشرع في ذلك؛ لأن من الصعب اليوم تحديد جميع الأمراض التي تصيب الإنسان، والسبب يعود إلى ظهور أمراض جديدة يعجز الطب عن علاجها، تماثل الأمراض المذكورة، فتأخذ نفس الحكم، سواء أصيب بها الزوج قبل الدخول أو بعده، ففي قرار صادر عن محكمة التمييز: "لا يصح الحكم بالتفريق للعلّة، قبل التثبت بواسطة لجنة طبية، أنّ هذه العلة لا يؤمل زوالها فإذا وجدت بأنّ العلة لا يؤمل زوالها وامتنع الزوج عن الطلاق، وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق"[٢].

والجدير بالذكر، من خلال تحليل نص المادة، أنّ الزوجة غير مجبرة على الاجتماع بالزوج أثناء مدة التأجيل. بالإضافة إلى أنّ المشرّع لم يحدّد مدة التأجيل، بل ترك تحديدها لاجتهاد القاضي، وما تقرره اللجنة الطبية المختصة، وحسب نوع المرض الذي يصيب الزوج.

أما شروط التفريق بالعلل، فيشترط لجواز التفريق بالعلل ما ياتي:

١- أنْ تكون الزوجة بالغة، وتتقدم بطلب التفريق إلى القاضي، أمّا إذا كانت صغيرة، وطلب وليّها التفريق لم يكن للقاضي أنْ يفرّق بينهما لاحتمال رضا الزوجة بالعيب بعد بلوغها.

٢- ألّا يصدر عنها ما يدّل على رضاها بالعيب، أمّا إذا تزوجت الزوجة وهي عالمة بحاله، أو لم تكن تعلم ولكنها لما علمت رضيت صراحةً أو دلالةً، فليس لها حق طلب التفريق.

---

(١) محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٣٣٦.

(٢) قرار محكمة التمييز في العدد٣٩/شرعية/١٩٧١ في ١٩٧١/٣/١٧؛ ينظر: فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص١٨٦-١٨٧.

٣- ألّا يكون بها عيب يمنع من مخالطتها؛ لأن إمساكها حينئذٍ لا يتحقق منه ضرر منها[١].

٤- ثبوت عدم شفائه من لجنة طبية رسمية[٢].أمّا عن نوع التفريق الذي يقع به الطلاق فهو بائن بينونة صغرى[٣].

المطلب الثاني: غياب الزوج غيبة لاإرادية (لفقدانه أو سجنه)

عرفنا في ما سبق أنّ هجر الزوج لفراش الزوجية، يُعدّ أحد الأسباب الإرادية التي يحق للزوجة من خلالها حل الرابطة الزوجية، إلّا أنه يوجد وجه آخر من هذه الغيبة يلحق الضرر بالزوجة، وهو في حالة فقدان الزوج، أو غيبته غيبة طويلة، أو دخوله السجن، أو وقوعه في الأسر، أو الاعتقال، فيكون الزوج غير قادر على أداء حقوق زوجته، ويفوت عليها الغرض من النكاح، وهذا ما أسميناه بالغيبة اللاإرادية[٤]، ففي هذا المطلب سنسلط الضوء على مفهوم الغيبة اللاإرادية وأشكالها؟. ولإيضاح تفاصيل ما تقدّم، يقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: فقدان الزوج.

الفرع الثاني: حبس الزوج.

الفرع الأول: فقدان الزوج

أقّرت الشريعة الإسلامية، كما أقر القانون الوضعي، بأنّ الإنسان يكون أهلًا لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، والتمتع بالحقوق في سبيل تحقق مصالحه، ومصالح أفراد المجتمع، ولن يأتي له ذلك إلّا بعد أنْ يتمتع بالشخصية القانونية التي تبدأ منذ ولادته حيًا، حسب نص المادة (٣٤) الفقرة (١) من قانون المدني العراقي[٥] .

---

(١) أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، ج١، مرجع سابق، ص١٦٦.

(٢) أحمد علي الخطيب، حمد الكبيسي، محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، القسم الثاني، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠١٢م، ص١٥٧.

(٣) المادة (٤٥) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدَّل.

(٤) يستعمل الفقهاء كلمة "الغيبة" في غيبة الزوج عن زوجته، ويقسمونها إلى غيبة منقطعة أو غير منقطة، ويراد "بالغيبة المنقطعة" حالة فقدان الزوج، ويراد "بالغيبة غير المنقطعة" بُعد الزوج عن زوجته، أي تواريه ويُعده عنها، ولكن مكانه معروف، ويمكن الاتصال به. ومن خلال ما تقدم، يمكننا تعريف الغيبة اللاإرادية بأنها: غياب الزوج عن زوجته بغير قصد، وقد تكون الغيبة منقطعة أو غير منقطعة؛ ينظر: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص٤٦٠.

(٥) نص الفقرة (١) من المادة (٣٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على:" تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته".

ولمّا كان لكلِّ بداية نهاية، فإنّ الشخصية القانونية تنتهي بوفاة الإنسان، والمقصود بوفاة الإنسان، هو الموت الذي يُشاهد بالعيان أو تقوم بينة عليه، بحيث لا يدع أيَّ مجال لاحتمال بقاء الإنسان على قيد الحياة. لكن قد يغيب الإنسان، وتمضي على غيبته مدة ليست بالقصيرة، وتنقطع أخباره عن أهله، ثم يُجهل مصيرُه من الحياة أو الممات، وقد لا يجده أهله أبدًا، ويكون حينئذٍ مفقودًا[1]. وظاهرة الفقد عرفت منذ وجد الإنسان على وجه الأرض، إلى يومنا هذا، خصوصًا بعد أنْ أُبتلي البشر بالحروب والكوارث الطبيعية، زدْ على ذلك الحوادث التي تنتج عن تحطم الطائرات، وغرق السفن التي أدتّ إلى فقدان الناس، فيثار حول هذا الشخص، المفقود، عدة تساؤلات، فقد يكون متزوجًا، ورب أسرة، فما حكم زوجته أثناء فقده، ومن الطبيعي أنْ يكون طرفًا في التصرفات القانونية المختلفة، بكونه عضوًا في المجتمع، فما هو مصير هذه التصرفات، وما يُصنع بماله، ولو عدّ هذا المفقود حيًا ثم ظهر بعد فترة، ما أثر ذلك على زوجته وماله.

ما يعنينا من هذه الأسئلة، هو تلك الأسئلة التي تتعلق بالزوجة التي قد تكون من أكبر المتضررين من فقد الزوج خصوصًا عندما تطول فترة الغياب، إذ تُعدّ هذه المرأة متزوجة، إلّا أنها تُحرم من الحقوق التي تتمتع بها أمثالها من النساء المتزوجات، فتصبح معلقة، فلا هي ذات زوج ولا هي مطلقة. ولأهمية هذا الأمر رأينا أنْ نبيّن عمّا يخص موضوعنا، وهو حق المرأة طلب حل الرابطة الزوجية بسبب فقدان زوجها، وبناء على ذلك يتطلب منا الأمر تقسيم الموضوع إلى ثلاثة فقرات:

أوّلًا: تعريف المفقود

المفقود في اللغة: هو من فُقِدَ فقدًا وفقدانًا، بمعنى الضائع أو المعدوم، فيقال فقد الشيء: ضلّهُ وضاع منه، ويقال فَقَدَ الكتاب والمال ونحوه: خسرهُ وعدمهُ، ويقال فقد الصديق، وفقدت المرأة زوجها فهو فاقد والمفعول مفقود وفقيد[2].

أمّا في الاصطلاح، فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنّ المفقود هو الغائب الذي لا يُعّرف مصيره، حيٌّ هو أم ميت، لكنهم اختلفوا في اشتراط مجهولية المكان، إذ يمكن تقسيم تعريفات المفقود الواردة في كُتُبِ الفقه بشأن المفقود إلى اتجاهين:

---

(١) حميد سلطان، حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، تصدر عن كلية التربية صفي الدين الحلي- جامعة بابل، المجلد(١)، العدد(١)، ٢٠٠٩م، ص١١٨.

(٢) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج٢، دار الدعوة، القاهرة، من دون سنة نشر، ص٦٩٦-٦٩٧.

الاتجاه الأوّل: ذهب هذا الاتجاه إلى تعريف المفقود بأنَّه: "الغائب الذي لا يدرى حياته ولا موته"[١]، يستخلص من هذا التعريف أنّ العبرة في المفقود هو الجهل بحياته أو موته لا على الجهل بمكانه.

الاتجاه الثاني: يُعرف هذا الاتجاه المفقود بأنَّه: "الغائب الذي لا يُدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته"[٢]، يستخلص من هذا التعريف، أنّ المفقود هو الشخص الذي يجهل حياته وموته ومكانه، وبالتالي العبرة هي عدم معرفة المكان الذي يوجد فيه من جهة، وعدم معرفة ما إذا كان على قيد الحياة من جهة أخرى.

أما تعريف المفقود في القانون، فقد عرّف المشرّع العراقي في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المفقود بأنَّه: "الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته"[٣]. وقد عرّفه المشرع العراقي في القانون المدني بأنَّه: "من غاب بحيث لا يُعلم أحيّ هو أم ميت، يحكم بكونه مفقودًا بناءً على طلب كلّ ذي شأن"[٤]. ولا يوجد فرق بين التعريف الفقهي والقانوني للمفقود إذ أنّ كلًّا من التعريفات الواردة في الفقه والقانون تتفق في معنى واحد، وهو اختفاء الشخص وجهل أثره، وغيابه غيبة منقطة، وجهل مصير حياته فيما إذا كان على قيد الحياة من عدمه.

ثانيًا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

ذكرنا آنفًا في تعريف المفقود، وهو من غابَ غيبة منقطعة، خفيت فيه أخباره وجهلت فيه حياته، وأصبح أهله في حيرة من أمره، فلا يعرف أهو حي أو ميت؟

فإذا كان المفقود متزوجًا، وتضررت زوجته جراء غيابه، وبُعده عنها، وخشيت على نفسها من الفتنة، والانخراط في الرذائل والمهالك، وطلبت التفريق، هل يجاب إلى طلبها؟ فإذا كانت الإجابة بنعم، متى يحكم القاضي بوفاة المفقود ومن ثم تنحل زوجتيه؟

للإجابة عن هذا التساؤل، إنّ المفقود إمّا أنْ يُفقد، وينقطع خبره ولا يعلم له مكان، إلّا ظاهر

---

(١) كمال الدين محمد ابن همام، فتح القدير، ج٦، مصدر سابق، ص١٤١.
(٢) أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعًا وفقهًا وقضاءً، مرجع سابق، ص٢٣٤؛ عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، دار الرقي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٥م، ص١٨٤.
(٣) المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.
(٤) المادة (٣٦) الفقرة (١) من قانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدَّل.

غيبته السلامة، كالمسافر للتجارة وطلب العلم والسياحة، أو نحو هذا.

وإما أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يفقد في ميدان المعارك، أو بسبب الكوارث الطبيعية أو بسبب حادث طائرة سقطت أو سفينة غرقت[١].

فإذا كان ظاهر غيبته السلامة، ثم انقطعت أخباره وجهلت حياته، فذهب الحنفية[٢]، والجعفرية في قول[٣]، والشافعية في الجديد[٤]، وأحمد في رواية[٥]، إلى أنّ هذا الشخص حيٌّ قضاءً، ومن ثم لا تنحل زوجيته، ولا يحكم بموته إلّا إذا لم يبق أحد من أقرانه حيًا، أو يصح طلاقه منه.

وذهب الشافعية في القديم[٦]، إلى أنّ القاضي يحكم بوفاته بعد مرور أربع سنوات من وقت انقطاع خبره، وتعتد زوجته للوفاة ثم تحل بعدها للأزواج.

أما اذا كان ظاهر غيبته الهلاك، فذهب الشافعية في القديم[٧]، وأحمد في الظاهر[٨]، والجعفرية في قول[٩]، إلى أنّ القاضي يحكم بوفاته بعد أنْ تتربص زوجته أربع سنوات من يوم فقده، ثم تعتدّ عدة الوفاة، وتحل بعدها للأزواج.

بينما ذهب الحنفية[١٠]، والشافعي في الجديد[١١] إلى أنّ على الزوجة الصبر، وعلى القاضي ألّا يحكم بوفاة المفقود، إلّا بعد مرور مدة التعمير الغالب، يعني لا فرق عندهم بين أنْ يكون ظاهر الغيبة السلامة أو الهلاك.

أمّا المالكية فلهم تقسيم خاص بالمفقود، إذ يفّرقون في الحكم بموته بين أربع حالات:

---

(١) أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، مرجع سابق، ص٤١٩.
(٢) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج١١، مصدر سابق، ص٣٥؛ مصطفى الرافعي، نظام الأسرة عند المسلمين والمسيحيين فقهًا وقضاءً، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، ١٩٩٠م، ص١٥٩.
(٣) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، ج٥، مصدر سابق، ص٢٧٨؛ محمد جعفر شمس الدين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الهادي، بيروت، ٢٠٠٦م، ص٣٠٦.
(٤) أبو الحسن علي الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج١١، مصدر سابق، ص٣١٧.
(٥) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٨، مصدر سابق، ص١٣٠.
(٦) أبو الحسن علي الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج١١، مصدر سابق، ص٣١٦.
(٧) المرجع نفسه، ص٣١٦.
(٨) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٨، مصدر سابق، ص١٣١.
(٩) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج٥، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٠٧هـ، ص٧٧؛ علي السيستاني، المسائل المنتخبة، من دون دار نشر، قم، من دون سنة نشر، ص٤٠٥، مسألة رقم ١١٢٩.
(١٠) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج١١، مصدر سابق، ص٣٥.
(١١) أبو الحسن علي الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج١١، مصدر سابق، ص٣١٧.

١- المفقود في بلاد المسلمين أو الشرك، في حالة السلم، ومن غير زمن وباء، فإنه لا يحكم بموته إلّا بعد مضي مدة التعمير، وهي سبعون سنة من يوم ولادته، وقيل ثمانون[١].

وفي رأي أخر يؤجل أربعة سنوات من وقت فقده لعله يظهر، فتعتد أمرأته[٢].

٢- المفقود في زمن الوباء والمجاعة والأمراض القاتلة، سواء أكان في بلاد المسلمين أو الشرك يحكم بموته وتعتدّ زوجته بعد ذهاب الوباء والجوع والأمراض[٣].

٣- المفقود في حالة الحرب بين طائفتين من المسلمين، يحكم بموته من يوم انتهاء القتال، وانفصال الصفين، إنْ شهدت البينة أنه حضر القتال وشارك فيه، أمّا إذا شهدت البينة أنه خرج مع الجيش فقط، ولم يشترك في القتال فحكمه حكم، الحالة الأولى، المفقود في بلاد المسلمين[٤].

٤- المفقود في حالة الحرب بين المسلمين والكفار، يحكم بموته بعد سنة من يوم فقده وانتهاء القاضي من عدم معرفة مصيره بعد السؤال، والتفتيش عنه بحيث يغلب على ضنه عدم حياته[٥].

صفوة القول وبناء على ما تقدّم، فإنّ الفقهاء انقسموا في إعطاء الزوجة حق طلب حل الرابطة الزوجية إلى فريقين:

الفريق الأول: عدم جواز الحكم بموت المفقود، وتبقى الزوجة في عصمته حتى يصح طلاقه لها، أو ارتداده عن الإسلام، أو ما يثبت موته بالدليل، وإذا لم يوجد دليل، يُحكم عليه بالموت بعد التعمير الغالب، أي بموت أقرانه، واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- روي عن النبي(ﷺ): "إنَّ امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان"[٦]. وهذا دليل على أن امرأة المفقود تبقى زوجته حتى يأتيها الخبر، وهو طلاقه لها، أو رِدّتُه أو موته بيقين أو بينة، أو مضي المدة التي جرت عليها العادة في الغالب، أنْ لا يعمر أحد من أقرانه في ذلك الوقت[٧].

٢- وروي عن الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال في امرأة المفقود: "هي امرأته، فلتصبر

---

(١) أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٤، مصدر سابق، ص٣٢٤-٣٢٥.

(٢) محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج٤، مصدر سابق، ص١٤٩.

(٣) المرجع نفسه، ج٤، ص١٥٤.

(٤) المرجع نفسه، ص١٥٤؛ يوسف عطا محمد علي، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في مقدمة إلى قسم الفقه والتشريع كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح، فلسطين، ٢٠٠٣م، ص٢٧.

(٥) محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج٤، مصدر سابق، ص١٥٥؛ أحمد حسن الطه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاءً، مرجع سابق، ص٤١٠.

(٦) أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج٧، مصدر سابق، ص٧٣١، رقم الحديث ١٥٥٦٥.

(٧) جمال الدين الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، ج٣، مؤسسة الريان للطباعة، بيروت، ١٩٩٧م، ص٤٧٣.

حتى يستبين موته أو طلاقه"[1]، وفي رواية، أنّ عليًا عليه السلام قال في المفقود: لا تتزوج امرأته حتى يبلغها موته، أو طلاق، أو لحوق بأهل الشرك"[2]. فامرأة المفقود مأمورة بالصبر، ولا تحل لغيره إلّا بتحقق الموت أو الطلاق، أو ارتداده عن الإسلام.

الفريق الثاني: يرى بأنَّه يحق لزوجة المفقود في طلب حل الرابطة الزوجية بعد أنْ ترفع أمرها إلى الحاكم، فيأمرها بالتربص أربع سنين في بعض الحالات، وسنة في بعضها الآخر، ويفتش عن زوجها، ويبذل جهده في البحث، فإنْ عجز وانقضت المدة، ساعتها تعتد عدة الوفاة وتنحل الرابطة بينهما، وتحل بعدها للأزواج، واستدلوا على ذلك بما يلي :.

١- قوله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتانِ فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسانٍ﴾[3]، من خلال هذه الآية بين الله سبحانه وتعالى الأسلوب الذي يتم به الانفصال بين الزوجين، والخطاب هنا موجه إلى الأزواج المفقودين؛ فإذا فُقد الزوج انعدم الإمساك بمعروف، فيتعين التسريح بالإحسان إذا طلبت الزوجة ذلك. وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾[4]، والمعلقة تعني المشحونة، فلا هي ذات بعل، ولا هي مطلقة، وبقاء زوجة المفقود معلقة دون معرفة مصير زوجها يُعدّ من أشد أنواع التعليق، لأنها بقيت على عصمته، فتكون لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، وهذا يتعارض مع مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية[5].

٢- عن بُريد بن معاوية قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المفقود، كيف تصنع امرأته قال: "ما سكتت وصبرت فخل عنها، وإنْ هي رفعت أمرها إلى السلطان أجّلها أربع سنين، ثم يكتب إلى الصقع الذي فُقد فيه فيسأل عنه، فإنْ خبرت عنه بخبر صبرت، وإنْ لم تخبر عنه بشيء حتى تمضي أربع سنين، دعي وليّ الزوج المفقود، فقيل له: للمفقود مال؟ فإنْ كان له مال، أنفق حتى يُعلم حياته من موته، وإنْ لم يكن له مال قيل للمولى أنفق عليها، فإنْ فعل فلا سبيل لها أن تتزوج ما أنفق عليها، فإنْ أبى أنْ ينفق عليها أُجبر الولي على أنْ يطلق تطليقة في استقبال العدة وهي طاهر، فيصير طلاق الولي طلاقًا للزوج.."[6].

---

(١)عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ج٧، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ، ص٩٠.
(٢) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج٢٢، مصدر سابق، ص١٥٧-١٥٨ رقم الحديث ٢٨٢٦٦.
(٣) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.
(٤) سورة النساء، الآية ١٢٩.
(٥) حميد سلطان، حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي، مرجع سابق، ص١٢٢.
(٦) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج٢٢، مصدر سابق، ص١٥٦-١٥٧، رقم الحديث ٢٨٢٦٤.

٣- ما روي عن سعيد ابن المسيب أنّ عمر بن الخطاب(ﷺ) قال: "أيّما امرأة فقدت زوجها، فلم تدرِ أين هو، فإنها تنتظرُ أربع سنين ثم تنتظر أربعة أشهر وعشرًا"[١].

٤- ما أجاز الفقهاء التفريق بسبب عيب في الزوج، وهو يمنع الاستمتاع مع القدرة على النفقة، وأجازوا التفريق لعدم الإنفاق مع القدرة على الاستمتاع، فتستحق زوجة المفقود طلب التفريق بسبب غيبة زوجها المنقطعة، لأن التفريق بسبب فقد الزوج يجمع ما بين فقد الاستمتاع وفقد النفقة[٢].

أما عن نوع الفرقة فعند الجعفرية هو طلاق رجعي[٣]، وعند المالكية هو طلاق بائن، وعند الحنابلة[٤]، والشافعية فسخ[٥].

ولكن هناك إشكالية أخرى تتعلق بالموضوع، فقد يحصل أنّ المفقود الذي حكم عليه بالموت، وانقضت عدة زوجته، وتزوجت من آخر، وظهر حيًا، وعاد إلى بيته، ما مصير زوجته، هل ترجع إليه، أم تبقى مع زوجها الثاني؟

قال الجعفرية: لا سبيل للزوج الأول عليها، لانقطاع العلاقة الزوجية، في حين الشافعية والحنفية قالوا يبطل الزواج الثاني وتكون للأول[٦]. والمالكية قالوا إذا جاء الزوج الأول قبل أن يدخل الثاني فهي للأول، وإن دخل بها تكون للثاني على أنْ يدفع الصداق للأول[٧].

ثالثًا: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

لم يعالج قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ مسألة حق زوجة المفقود طلب حل الرابطة الزوجية، الأمر الذي يوجب على القاضي الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، الأكثر ملاءمة لنصوص القانون العراقي[٨].

---

(١) أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج٧، مصدر سابق، ص٧٣٢، رقم الحديث ١٥٥٦٦.
(٢) أبو الحسن علي الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج١١، مصدر سابق، ص٣١٧.
(٣) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٦، مصدر سابق، ص٦٦.
(٤) وهبة الزحيلي، الفقه المعاصر وأدلتة، ج٧، مرجع سابق، ص٧٠٦٧.
(٥) أبو الحسن علي الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج١١، مصدر سابق، ص٣١٧.
(٦) فاضل دولان، أحكام المفقود شرعًا وقانونًا وقضاء، دار الشؤون العامة، بغداد، ١٩٨٧، ص٧٩.
(٧) الخرشي، شرح مختصر الخرشي، ج٤، مرجع سابق، ص١٥٠.
(٨) نصَّت الفقرة (٢) من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على: "اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون".

فكان العمل في العراق وفق الفقه الإسلامي، فتؤجل زوجة المفقود أربع سنوات، وبعدها أربعة أشهر وعشرة أيام، وهي عدة المتوفى عنها زوجها. لكن لم يبق الحال على ما هو عليه، فقد بذل ذوو الاختصاص جهدًا كبيرًا لمعالجة هذه المشكلة، التي محورها الزوجة، فتمّ تحضير مشروع لمعالجة هذه المشكلة، وأُنتدب رجالُ دينٍ وقضاةٌ مختصون في هذا الشأن، وأوضحوا الجوانب الفقهية من الشريعة الإسلامية، والأسباب الاجتماعية، تلافيًا للقصور في القانون من جهة، ولرفع الضرر عن زوجة المفقود من جهة أخرى[١].

فجاء التعديل الخامس عشر لقانون الأحوال الشخصية العراقي، فأضاف إلى المادة (٤٣) الفقرة الرابعة التي نصَّت على: "١- لزوجة المفقود الثابت فقدانه بصورة رسمية أنْ تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور أربع سنوات على فقدانه، وعلى المحكمة أنْ تثبت من استمرار الفقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه، ثم تصدر حكمها بالتفريق. ٢- تعتدّ زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام".

يتّضح من نصّ المادة أعلاه، أنه يحق للزوجة المدخول بها شرعًا أنْ ترفع أمرَها إلى القضاء مُطالِبة بالتفريق من زوجها المفقود، فتنظر المحكمة في طلبها بعد أنْ تتثبت من زوجيتها من المفقود، وأنها لا تزال في عصمته، فتتأكّد المحكمة من أنّ زوجها الداخل بها مفقود حقيقة، وأنّ حال فقدانه مستمر، إلّا أن المحكمة لا تفرّق مباشرة، بل تتحقق من مصيره، فإذا تبيّن أنّ مصيره مجهولٌ، يتم الإعلان عن حالة الفقدان بقرار من المحكمة[٢]. وهذا ما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية: "على المحكمة أنْ لا تحكم بموت المفقود إلّا بعد مرور أربع سنوات على إعلان فقده أو مرور سنتين على ذلك إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه، كما جاء بصدر المادة (٨٧ و٩٣) من قانون رعاية القاصرين"[٣]. وفي قرار آخر: "على المحكمة أنْ تتحقق من مصير المفقود، فإذا تحققت لديها وفاته بتاريخ معين، تحكم بموته، فإذا بقي مصيره مجهولًا فيقتضي احتساب المدة المقررة بقانون رعاية القاصرين من تاريخ الإعلان عن فقدانه في الصحف المحلية والبالغة أربع سنوات من تاريخ الإعلان،

---

(١) عباس زياد السعدي ومحمد حسن كشكول، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مرجع سابق، ص١٦٩.

(٢) نصَّت المادة (٨٧) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ على: "يتم الإعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة، ويقوم قرار وزير الدفاع أو وزير الداخلية مقام قرار المحكمة بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي . ويُلغى الإعلان إذا ظهر دليل على حياة المفقود" .

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٢٠٣٢/شخصية/٨٥ في١٩٨٥/٣/١٠؛ ينظر: فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٣٦٦.

وليس من تاريخ الفقدان"[١].

وفي سياق ما ذُكر، نجد أنّ نهج المشرعّ العراقي كان منسجمًا مع نظرية التأجيل المذكور والعّدة التي هي عدة الوفاة، بدافع الحيطة رغم أنّ الدافع الأهم هو رفعُ الضرر عن الزوجة التي فقد زوجها، وحرمانها من المعاشرة الزوجية[٢].

بالإضافة إلى ذلك عالج التعديل المذكور لقانون الأحوال الشخصية حالةَ إذا ما عاد المفقود حيًّا بعد الحكم بموته والتفريق بينه وبين زوجته، إذ نصَّت المادة (٤٣/ رابعًا) الفقرة (٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على: "إذا عاد المفقود، تستمر زوجيته لها ما لم تتزوج، ويتم دخول الثاني بها حقيقة غير عالم بحياة الأول". من خلال تفسير نص المادة يتضح، أنّ المفقود إذا ما عاد إلى بيته خلال فترة العدة أو قبلها، أو إذا تزوجت زوجته بزوج ثانٍ ولم يدخل بها الثاني، فهي للأول، أي للمفقود. أما إذا تزوجت ودخل بها الثاني، فهي للثاني مالم يكن عالم بحياة الأول، أي أن المشرع فرق بين حسن نية الزوج الثاني الذي تزوج بأرملة المفقود وبين سوء نيته، فإذا كان الزوج الثاني حسن النية، أي لا يعلم ببقاء المفقود على قيد الحياة فالزوجة للثاني، أمّا إذا كان يعلم بأنّ المفقود على قيد الحياة، فإنّ زوجة المفقود تعود إليه، ولا تبقى مع الزوج الثاني[٣]. أمّا عن نوع التفريق الذي يقع فيه الطلاق، فهو بائن بينونة صغرى[٤].

الفرع الثاني: حبس الزوج

ليس المقصود بالحبس– في هذه الجزئية– الأحكام الصادرة على الزوج بعقوبة سالبة للحرية فقط، بل يتسع ليشمل كل ما يُعدّ بحكم الغيبة اللاإرادية، كالاعتقال السياسي والاعتقال الجنائي والأسر في الحروب والاختطاف، أو المنع من دخول البلد والعيش خارجه، كل هذه الأمثلة معناها عدم تواجد الزوج بمسكن الزوجية، وهذا ما يسبب الأذى للزوجة، فإذا ما حُرمت الزوجة من المعاشرة التي تعرّضها للفتنة وارتكاب المعصية، وتواجه قسوة الحياة ومخاطرها وحدها، بسبب ابتعاد زوجها عنها هل يحق طلب التفريق أم لا؟

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقَّم ٤٩/ هيئة موسعة مدنية/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٢٦؛ ينظر: مجلة التشريع والقضاء تصدر عن مجلس القضاء الأعلى، بغداد، العدد(٤)، ٢٠٠٩م، ص٢٠٦.

(٢) عبد القادر إبراهيم وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص٣٠٢.

(٣) محمد سعيد عبد الرحمن، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١م، ص٥٤-٥٥.

(٤) المادة (٤٥) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدَّل.

أوّلًا: مفهوم الحبس

الحبس في اللغة: هو من حبَس: حَبَسَه يَحْبِسُه حَبْسًا، فهو محبوس وحبيس، والحَبْسُ: ضِدُّ التَّخْلِيَةِ، اسْمُ الْمَوْضِعِ: والحَبْسُ والمَحْبَسَةُ والمَحْبِسُ[١].

والسجن في اللغة: السَّجن بالفتح: المصدر، وقد سَجَنَه يَسْجُنُه، أي حبَسَه[٢].

وبذلك يتبين أنّ الحبس والسَّجن بنفس المعنى من الناحية اللغوية.

الحبس في الاصطلاح: المنع والإمساك[٣]، أو كما عرّفه الكاساني: منع الشخص من الخروج إلى أشغاله الدينية والاجتماعية[٤].

والمحبوس: فهو من قُبض عليه وأُودع السجن بسبب تهمة أو جناية[٥].

والحبس في القانون نوعان: شديد وبسيط، فالحبس الشديد هو: إيداع المحكوم عليه في إحدى المنشآت العقابية المخصصة قانونًا لهذا الغرض, المدة المقررة في الحكم. ولا تقل مدته عن ثلاثة شهور ولا تزيد على خمس سنوات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[٦].

أما الحبس البسيط فهو: إيداع المحكوم عليه في إحدى المنشآت العقابية المخصصة قانونًا لهذا الغرض, المدة المقررة في الحكم. ولا تقل مدته عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على سنة واحدة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[٧].

ثانيًا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

إذا حُبس الزوج عن زوجته مدةً من الزمان، وتضرّرت الزوجة بغيبته، وبُعدِه عنها بحرمانها من تلبية رغباتها الجسدية والنفسية، ممّا يجعلها تتطلع إلى الرجال وتطمح نفسها إليهم، وتخشى من الانحراف

---

(١) جمال الدين محمد بن كرم ابن منظور، لسان العرب، ج٦، مصدر سابق، ص٤٤.
(٢) أبو النصر إسماعيل بن حماد الجواهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج٥، مصدر سابق، ص٢١٣٣.
(٣) محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٨م، ص١٧٤.
(٤)علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج١٠، مصدر سابق، ص١٠٠.
(٥) أحمد محمود الشافعي ورمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص١٤٢.
(٦) المادة (٨٨) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدَّل.
(٧) المادة (٨٩) من القانون أعلاه.

والسقوط في الفاحشة، فهل يحق لهذه الزوجة أنْ تطلب حل الرابطة الزوجية؟ للإجابة نقول إنّ فقهاء الشريعة الإسلامية عالجوا هذه القضية، وذكروا أنّ حكم الزوج المحبوس يأخذ حكم الغيبة الإرادية – هجر الزوج لفراش الزوجية – فإنّ ما سبق ذكره ينطبق على الحالة المطروحة[١].

فلا يمكن للزوجة حق طلب حل الرابطة الزوجية عند فقهاء الحنفية والشافعية وقول للجعفرية، يضاف إليهم الحنابلة، وذلك لأنهم كانوا يفرّقون بين الغيبة بعذر، وبدون عذر، وبما أنّ الحبس هو غيبة لا إرادية في أغلب الأحيان، فتكون غيبة بعذر، حتى وإنْ كان العذر في ذاته غير مشروع.

أما المالكية فيعطون الحق للزوجة إذا استطال الحبس لمدة سنة أو أكثر[٢]، بالإضافة إلى ذلك، هناك قول آخر للجعفرية يصح فيه طلاق الحاكم الشرعي لزوجة المسجون الذي لا يرجى إطلاقه، خاصة إذا خُشي على الزوجة من الوقوع في الحرام، وكانت هناك ضرورة جنسية أو اقتصادية، فيجوز للزوجة اللجوء إلى الحاكم الشرعي لرفع الضرر عنها، فيأمر الحاكم الزوج المحبوس بالطلاق، فإن امتنع طلقها الحاكم[٣].

ثالثًا: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

لبُعد الزوج عن زوجته في قانون الأحوال الشخصية العراقي أشكالًا متعددة، يمكن أنْ نقسم ما يخص موضوعنا إلى شكلين:

الشكل الأول: حبس الزوج

نصت المادة (٤٣/أوّلًا) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه للزوجة طلب التفريق :" إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"

يتضح من خلال هذا النص أعلاه، أنهّ يحق للزوجة إذا سجن زوجها مدة ثلاث سنوات فأكثر، وهي مدة لا تتحملها الزوجة عادة، اللجوء إلى القضاء طالبةً حل الرابطة الزوجية خشية من الفتنة والوقوع في ما لا تُحمد عقباه جرّاء هذا الغياب[٤].

---

(١) ينظر في هذا الصدد: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التفريق لهجر الزوج فراش الزوجية، ص٤٠.

(٢) أحمد محمود الشافعي ورمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص١٤٥.

(٣) جاء في ملحقات العروة للسيد كاظم: "لا يبعد جواز طلاق الزوجة للحاكم الشرعي إذا علم أنّ زوجها محبوس في مكان لا يمكن مجيئه أبدًا؛ ينظر في هذا الصدد: محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص١٦٨-١٦٩؛ محمد صادق الصدر، مسائل وردود، ج٣، دار ومكتبة البصائر، بيروت، ٢٠١٠م، ص١٠٩.

(٤) ضياء كاظم الكناني، انحلال الرابطة الزوجية في التشريع العراقي، مرجع سابق، ص١٧٠.

إلّا أنه وُجِّه انتقاد لهذا القانون[١]، في مسارعته في منح الزوجة حق طلب حل الرابطة الزوجية بمجرد صدور الحكم بالحبس، إذ كان من الأجدر أنْ يقوم بمنحها هذا الحق بعد مرور مدة معينة من صدور الحكم، واكتسابه درجة البتات؛ والسبب يعود لاحتمال وجود حالات يفرج فيها عن الزوج بعد مدة قليلة، وتكثر هذه الحالات مع المسجونين السياسيّين أو شموله بعفو عام أو خاص[٢].

والسؤال الواجب في هذا المقام هو، هل أنّ تراخي الزوجة بإقامة دعوى التفريق بعد صدور القرار يبقى قائما، أم يسقط حقها في ذلك؟

لدى الإجابة نقول إنّ النص قد جاء مطلقًا ولم يحدّد مدةً معينة لإقامة الدعوى، لذا فمن حق الزوجة إقامة الدعوى لهذا النوع من الضرر، مادام الزوج لم تنتهِ محكوميته بعد، أي أنّ تراخي الزوجة في إقامة الدعوى لا يسقط حقها من ذلك[٣].

الشكل الثاني: إقامة خارج القطر بسبب تبعية جنسيته لدولة أجنبية

نصت المادة (٤٣/ثالثًا) الفقرة (أ) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل على أنّ: "للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيته لدولة أجنبية إذا مضى على إقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو امتناعه عن دخول القطر".

يتّضح من نصّ المادة أعلاه، أنّ غيبة الزوج عن زوجته، بسبب منعه أو امتناعه من دخول البلد، تسبب ضررًا لها. فإنْ لم تستطيع اللحاق به، فإنّ القانون منح الزوجة طلب حل الربطة الزوجية، ولا ينطبق هذا النص إلّا على الزوجة العراقية، وهذا واضح من نص المادة– للزوجة العراقية– لأن الغير العراقية المتزوجة بغير عراقي، تخضع لقانونهما الأجنبي[٤].

أما آلية تبليغ الزوج، فإنّ المشرّع العراقي جاء بمبدأ جديد، خرج عن مضمون القواعد العامة المقررة في التبليغات القضائية وبالمادة (١٢) وما بعدها في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، إذ نصَّت المادة (٤٣/ثالثًا) الفقرة (ب) من هذا القانون على أنَّه: "يعتبر تأييد الجهة

---

(١) وهذا ما انتبه إليه المشرّع المصري، إذ نصَّت المادة (١٤) من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ على: "لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيًا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أنْ تطلب إلى القاضي بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنًا للضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه" .

(٢) أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، مرجع سابق، ٢٨٤.

(٣) عبد القادر إبراهيم وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص٢٤٢.

(٤) عباس زياد السعدي ومحمد حسن كشكول، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مرجع سابق، ص١٦٥.

الرسمية المختصة بإقامة الزوج في الخارج لأغراض هذه الفقرة بديلًا عن إجراءات تبليغه بلائحة الدعوى وموعد المرافعة، على أنْ يتم نشر الحكم الصادر عن الزوج في إحدى الصحف المحلية". ويتضح من هذا النص بأنّ تأييد الجهة الرسمية المختصة بإقامة الزوج بالخارج يُعدّ بديلًا عن إجراءات تبليغه بلائحة الدعوى، وموعد المرافعة، على أنْ يتم نشر الحكم في صحيفة محلية واحدة[1]. وهذا خروج عن المبادئ العامة للتبليغات المنصوص عليها في المادة (٢١) من قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩[2] الذي اشترط النشر في صحيفتين محليتَيْن.

(١) عبد القادر إبراهيم وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص٢٩٠.

(٢) نصَّت المادة (١/٢١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩على: "إذا تحقق للمحكمة بعد الاستفسار من جهة ذات اختصاص أن ليس للمطلوب تبليغه محل إقامة أو مسكن معلوم ولم يكن موجودا فيجرى تبليغه بالنشر في صحيفتين يوميتين تصدر في منطقة المحكمة أو أقرب منطقة لها إن لم يكن في منطقة المحكمة صحيفة تصدر، ويعتبر تاريخ النشر المتأخر في إحدى الصحيفتين تاريخا للتبليغ".

الفصل الثاني

الوسائل الشرعية التي تسمح للمرأة حل الرابطة الزوجية

جاءَ الإسلام، وعمّ نوُره العالمين، ونالت المرأة في ظلّ تعاليمه كثيرًا من التكريم والتقدير، ونظرَ إلى حقوقها نظرة واقعية، تنسجم مع مقتضيات الفطرة والخلق، وتتناغم مع منهجه في الوسطية والاعتدال دون إفراط أو تفريط، شأنها شأن الرجل؛ ودليل تكريمه وتقديره لها تسمية الله تعالى لسورة من سور القرآن بسورة "النساء"، وأخرى باسم امرأه منهن وهي "مريم (عليها السلام)".

وقد جاء كثير من الآيات التي ترى فيها التكريم للرجل والمرأة جميعًا، وترى العدل بينهما، منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ وَالْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ وَالْقَانِتِينَ وَالْقَانِتَاتِ وَالصَّادِقِينَ وَالصَّادِقَاتِ وَالصَّابِرِينَ وَالصَّابِرَاتِ وَالْخَاشِعِينَ وَالْخَاشِعَاتِ وَالْمُتَصَدِّقِينَ وَالْمُتَصَدِّقَاتِ وَالصَّائِمِينَ وَالصَّائِمَاتِ وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ وَالذَّاكِرِينَ اللَّهَ كَثِيرًا وَالذَّاكِرَاتِ أَعَدَّ اللَّهُ لَهُمْ مَغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيماً﴾[1].

فقد جاء في هذه الآية الكريمة عشر صفات، يوصف بها الرجل، وتوصف بها المرأة؛ كل صفة تقترن بحقوق وواجبات لا يوصف بها من أهملها أو ضيعها، واستنادًا على ذلك، فإنّ من حقّ المرأة أنْ تمارس جميع أنشطة الحياة، فهي أهل لاكتساب الحقوق، ومنحها أهليَّة مباشرةِ العقودِ من بيعٍ وشراءٍ وحقِّ التملك، وأن تتصرف في ما تملك وتوكل غيرها.

وفي إطار عقد الزواج أعطى الإسلام المرأة الحق في اختيار زوجها، إذ لا يجوز لأحد أنْ ينكحها بغير رضاها. كذلك لم يهملها في حل الرابطة الزوجية بعد أنْ أعطى الحقّ للزوج في الطلاق، سمحَ للمرأة وبوسائل شرعية حل الرابطة الزوجية بطريقين: أمّا عن طريق الطلاق أو الفسخ.

ويمكن تعريف الطلاق بأنَّه: رَفْعُ قيد الزواج في الحال أو في المال بلفظ مخصوص له، أو بما يقوم مقامه[2]. وذكر قانون الأحوال الشخصية العراقي بأن: "الطلاق رفعُ قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة، إنْ وكّلت به أو فوضت أو من القاضي؛ ولا يقع الطلاق إلّا بالصيغة المخصوصة له شرعًا"[3].

أما الفسخ: فهو نقضُ عقد الزواج، بسبب خَلَلٍ وَقَعَ عند العقد، أو بسبب خلل أصاب العقدَ بعد

---

(١) سورة الأحزاب، الآية ٣٥.

(٢) عباس زياد السعدي، الطلاق وأحكامه وأثاره، مرجع سابق، ص٣.

(٣) المادة (٣٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

انعقاده، ولكنه خللٌ يمنع من بقاء العقد واستمراره[1].

والفرق بينهما، أن الفسخ لا يكون إلّا بسبب، وهذا السبب قد يكون مقارنًا لإنشاء العقد، وقد يكون حادثًا بعده، أمّا الطلاق فليس من الضروري أنْ يكون له سبب، والفسخ ينهي الزوجية بمجرد حدوثه، من غير توقف على انتهاء العدة، بل منه ما ينقض عقد الزواج، فيجعله كأنْ لم يكن؛ أمّا الطلاق، فمنه ما يحلّ عقد الزوج فورًا وهو الطلاق البائن، ومنه ما يحلّ عقد الزواج بعد انتهاء العدة، وهو الطلاق الرجعي. والفسخ لا أثر له على عدد التطليقات التي يملكها الزوج على زوجته، التي يملكها الرجل على المرأة، إن عاد وتزوجها مرة أخرى بعد فسخ العقد، أمّا الطلاق فينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل بمجرد إيقاعه[2].

ولمحاولة الاستفادة من مجمل ما تقدّم، نفضّل تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، على النحو الآتي:

المبحث الأول: حق المرأة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق

المبحث الأول: حق المرأة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الفسخ

---

(١) محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، مرجع سابق، ص٢٦٩.

(٢) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٨م، ص١٤-١٦؛ عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٩م، ص١٤-١٥؛ أحمد محمود الشافعي ورمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص١-٢.

المبحث الأول

حق المرأة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق

أوجد الإسلام الزواج من أجل استمرار النوع البشري والتكاثر، وإشباع الغريزة لدى الإنسان، وجعل استمرار الحياة الزوجية مرتبطًا بالمحبة والتوافق والمودة المشتركة في الحياة بمختلف المجالات، فإنْ لم يتحقق ذلك، تحولت الحياة الزوجية إلى جحيم ومأساة ونقمة، ومن الأفضل للزوج والزوجة أن يفترقا عن بعضها البعض، إذا لم يجدا طريقًا لاستمرار الحياة بينهما؛ وبما أنّ أصل الطلاق بيد الزوج، فهو يستطيع إنهاء العلاقة الزوجية بمحض إرادته وطبقًا لمشيئته، إلّا أنه لم يهدر حق الزوجة في التخلص من رابطة زوجية أصبح ضررها أكبر من نفعها، خصوصًا أنّ الزوجة بطبعها وتكوينها تبحث عن الشعور بالأمان، فهناك حالات يحق للزوجة من خلالها التخلص من هذه الرابطة عن طريق الطلاق، وهي إمّا تكون بإرادتها المنفردة إذا ما فوّضها الزوج بذلك، وأمّا باتفاق إرادتها مع إرادة الزوج، على أنْ تفدي نفسها كي يطلقها، ويُعّبر عن الأولى بالتفويض، وعن الثانية بالخلع. ولإيضاح تفاصيل ما تقدّم، يقسم هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: تفويض المرأة بتطليق نفسها.

المطلب الثاني: خلع المرأة لنفسها مقابل الاتفاق مع الزوج.

المطلب الأول: تفويض المرأة بتطليق نفسها

إنّ الأصل في الطلاق أنْ يكون بيد الزوج، فهو يملك إيقاعه، بأنْ يستعمل هذا الحقّ- حق تطليق زوجته- بنفسه، فيطلق زوجته إذا كان أهلًا لإيقاعه، أو الزوجة بناء على طلب تقدِّمة إلى القاضي لتضررها من الزوج لسبب من الأسباب. والزوج يستطيع أنْ يباشر حقّه بنفسه، أو بواسطة غيره، الذي يُسلّطه الزوج على الطلاق، إما أن يكون ثالثًا وإما أن تكون الزوجة نفسها، فإذا سلّط الرجل ثالثًا على الطلاق سُمّي هذا التسليط توكيلًا، وسمي الثالث وكيلًا، وإذا سلّط الزوجُ الزوجةَ نفسها سُمّي تسليطه تفويضًا وسميت الزوجة مفوضة، أي تملك طلاق نفسها بهذا التوكيل[1].

ومن خلال هذا نجد أنّ الزوج يستطيع أنْ يفوض زوجته في طلاق نفسها، لكن هذا لا يعتبر تنازلًا عن حقّه في الطلاق، بل هو يسمح لها أنْ تشاركه هذا الحق، أي أنه يستطيع أنْ يستخدم حقّه في

---

(١) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، ٢٠٠٧م، ص٣٠٠.

الطلاق متى شاء، هذا ما سنتناوله في هذا المطلب من دراستنا، فما هو التفويض، وما هو دليل مشروعيته، وما هي ألفاظ التفويض وأحكامه، وهل أعطى المشرّع العراقي للزوجة تطليق نفسها عن طريق التفويض، هذا ما سنتناوله تباعًا، وعلى النسق الآتي:

الفرع الأول: معنى التفويض

الفرع الثاني: مشروعية التفويض

الفرع الثالث: ألفاظ التفويض وأحكامه

الفرع الرابع: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

الفرع الأول: معنى التفويض

التفويض في اللغة: فوض إليه تفويضًا، ردّه إليه، أي سلّم أمرهُ إليه وصيّره إليه، ومَنْ جعل له التصرف فيه[١]. وكذلك فاوضه في الأمر أي جاراه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض بعضهم بعضًا[٢].

أما في الاصطلاح الشرعي، فعرّفه الحنفية بأنَّه: جَعْلُ الأمر باليد[٣]. وعرّفه الجعفرية بأنَّه: إعطاءُ حقِّ الطلاق للمرأة إمّا بتخييرها نفسها، وإما جعل أمرها بيدها أو بتفويضه لمشيئتها[٤].

وهو عند المحدثيّن: تمليك الزوج زوجته أنْ تطلق نفسها منه، سواء كان هذا التمليك حين عقد الزواج أي مقترنًا بإيجابه وقبوله أم بعده، أي في أثناء قيام الزوجية[٥]، وعُرِّف أيضًا بـ: أنْ يُملِّك الزوجُ زوجتَهُ أنْ تطّلق نفسها منه، ويكون قبل العقد ومعلقًا على وجوده، كأنْ يقول لامرأة أجنبية: إنْ تزوجتُك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت، أو يكون مقترنًا بأصل عقد الزواج بإيجاب العقد وقبوله، كأنْ تقول المرأة: تزوجتك على أنْ يكون أمرُ طلاقي بيدي، فيقول الرجل تزوجتك على هذا، وقد يكون في حال استدامة الزوجية بينهما، كأنْ يقول لها ما يدل على ذلك بعد تمام العقد[٦].

وتفويض الرجل الطلاق إلى زوجته يختلف عن التوكيل في عدة أمور:

---

(١) مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٥م، ص٦٥١.

(٢) زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص٢٤٤.

(٣) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج٤، مصدر سابق، ص٢٤٧.

(٤) عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٨٩.

(٥) عبد الوهاب الخلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ١٩٩٠م، ص١٤٩

(٦) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص٣٠٠-٣٠١.

إنّ الزوج المفوض لا يملك الرجوع في التفويض، لأن تفويض الطلاق في معنى إنشاء طلاق معلق على إرادة المفوض إليه واختياره، أما الموكل فيملك الرجوع وعزل الوكيل قبل أن يوقع الطلاق[١].

إنّ التفويض المطلق يتقيّد بمجلس التفويض أو بمجلس العلم به إلّا إذا كانت صيغة التفويض تعمّ كل الأوقات، كأنْ يقول لها: طلقي نفسك أيَّ وقتٍ شئتِ أو متى شئت، فليس للمفوض إليه أن يطلق بعد المجلس، عكس التوكيل فإنه لا يتقيد بمجلس التوكيل[٢].

في حالة التفويض فإن المفوَض يعمل بمشيئته، أما في التوكيل فإن الوكيل يعمل بمشيئة موكله.

إنّ التفويض لا يتوقف على قبول المفوض بخلاف التوكيل فإنه يقتضي قبول الوكيل أي لا يتم إلّا بالإيجاب والقبول[٣].

الفرع الثاني: مشروعية التفويض

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية التفويض في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

فدليل وجوب التفويض من الكتاب، قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً ۝ وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾[٤].

ووَجْهُ الدلالة في هذه الآية القرآنية الكريمة، أنّ النبي محمدًا(ﷺ) خيّر نساءه بين البقاء على عصمته أو أنْ يسرحهن، أي يطلقهن بإرادتهن من غير ضرر ولا مخاصمة[٥].

ودليل مشروعيته من السنة ما روي عن الشعبي قال: نزل على رسول الله(ﷺ): ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ﴾ إلى آخر الآيتين، فخيرهن رسول الله، فاخترن الله ورسوله والدار الآخرة، فشكر الله لهن على ذلك وأنزل عليه: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ ۝ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ ۝ وَلَوْ أَعْجَبَكَ حُسْنُهُنَّ ۝ إِلَّا مَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ﴾[٦][٧]، وفي رواية أخرى للحديث: قال أبي

---

(١) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص٥٤٢؛ رمضان علي السيد الشرنباصي جابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص٥٧٧.

(٢) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص٣٠٠؛ أحمد محمود الشافعي ورمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص٦٥.

(٣) أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، ج١، مرجع سابق ص١٢٩.

(٤) سورة الأحزاب، الآية ٢٨-٢٩.

(٥) أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، مصدر سابق، ص٤٦٩.

(٦) سورة الأحزاب، الآية ٢٨-٢٩.

(٧) أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج٧، مصدر سابق، ص٨٥، رقم الحديث ١٣٣٤٦.

– رضي الله عنه – في رسالته إليّ: اعلم يا بني أنّ أصل التخيير هو أنّ الله تبارك وتعالى أنف لنبيه(ﷺ) في مقالة قالتها بعض نسائه: أيرى محمدٌ أنه لو طلقنا لا نجد أكفاءنا من قريش يتزوجونا، فأمر الله نبيه صلى الله عليه وآله أنْ يعتزل نساءه تسعًا وعشرين ليلة، فاعتزلهن النبي(ﷺ) في مشربة أم إبراهيم ثم نزلت هذه الآية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً ۝ وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾، فاخترن الله ورسوله فلم يقع الطلاق، ولو اخترن أنفسهن لبِنَّ"[1].

أما الإجماع: فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية[2] على جواز التفويض في الطلاق، وخالفهم في ذلك المذهب الظاهري إذ جاء في كتاب المحلى بالآثار لابن حزم: "من جعل إلى امرأته أن تطلق نفسها، لم يلزمه ذلك، ولا تكون طالقًا طلقت نفسها أو لم تطلق"[3].

أما المعقول: فيعدّ الطلاق حقًا من حقوق الزوج، وكلٌ من ملك حقًّا فله أنْ يتولاه بنفسه، وله أنْ يعهد به إلى غيره، فإذا عهد الزوج بطلاق زوجته إليها، كان ذلك تفويضًا منه بطلاق زوجته[4].

الفرع الثالث: ألفاظ التفويض وأحكامه

أوّلًا: الحنفية

ذهب فقهاء هذا المذهب إلى أنّ الألفاظ التي يتم بها التفويض نوعان:

النوع الأول: يكون بلفظ الطلاق الصريح حسب مشيئة هذا الغير، كما لو قال لزوجته: "طلّقي نفسك، طلّقي نفسك إنْ شئت"، ولا يحتاج هذا النوع إلى نية.

النوع الثاني: يكون بلفظ من ألفاظ الكناية، مثل أنْ يقول لزوجته: "اختاري نفسك، أمرك بيدك"،

---

(١) محمد بن علي الصدوق، من لا يحضره الفقيه، ج٣، مصدر سابق، ص٥١٧.

(٢) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج٤، مصدر سابق، ص٢٤٧؛ شمس الدين الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٤، مرجع سابق، ص٤٦٥؛ محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج٢، مصدر سابق، ص٤٠٥-٤٠٧؛ ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٤٠٣؛ عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٨٩-٩٠؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ٧، مرجع سابق، ص٤٠٩.

(٣) ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، ج٩، مصدر سابق، ص٤٨٣.

(٤) حسين خلف الجبوري، فرق النكاح وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص٧٥.

ويحتاج هذا النوع من التفويض إلى نية[١].

ويمكن أنْ نفصل أحكام كل صيغة من هذه الصيغ، وحسب التفصيل الآتي:

المشيئة: هذا النوع من أنواع التفويض يكون إمّا منجز أو معلقًا على شرط، فيكون منجزًا في حالة قوله لزوجته: أنت طالق إنْ شئت أو أحببت أو رضيت أو أردت، لأنه علّق الطلاق بفعل من أفعال القلب، فكان مثل قوله إنْ شئت، والصيغة هنا تكون صريحة ولا تحتاج إلى نية[٢]. فإذا قال لامرأته: "طلّقي نفسك" ولا نيه له بالطلاق، أو نوى واحدة فقالت: "طلقت نفسي"، فهي واحدة رجعية، ولا اعتبار لمجلس الرجل حتى لو قام من مجلسه، ما دامت في مجلسها، وإذا نوى الزوج واحدة وطلقت نفسها ثلاثًا فإنه لا يقع بهذه المشيئة شيءٌ آخر سوى الواحدة، أمّا إذا طلّقت نفسها ثلاثًا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها[٣]. وإذا قال لها: طلّقي نفسك متى شئت، فلها أنْ تطلق نفسها في المجلس وبعده، لأن كلمة "متى" لعموم الأوقات، ولها المشيئة مرة واحدة، وأيضًا لو قال لها كلّما شئت، لها ذلك حتى تكتمل الثلاث لأن كلمة "كلما" تقتضي التكرار[٤].

أو قد يكون حكم التفويض معلّقًا على شرط، كأنْ يقول لها: إذا جاء أخي فالأمر بيدك، أو إذا كان هذا ليلًا أو نهارًا فالأمر بيدك، ناويًا الطلاق، فالحكم في هذه الحالة كالحكم بالتفويض المنجز، لأن التعليق بشرط كائن تنجيز وإنْ عُلّق بشيء غير موجود[٥].

الأمر باليد: معناه بيان حال طلاق المرأة الذي جعله زوجها في تصرفها[٦].

ويكون التفويض بهذه الصيغة عندما يقول لها "أمرك بيدك"، فإذا قال لها: أمرك بيدك ونوى ثلاثًا، واختارت واحدةً فهي ثلاث، لأن الاختيار يصلح جوابًا للأمر باليد[٧]. وحكم ثبوت الخيار لها الأمر بيدها في الطلاق هو من أهل الجعل، والمحل قابل للجعل فيصير الأمر بيدها، أمّا شرط انتقال الأمر بيدها فيرجع إلى شيئين أولهما: النية، أي نية الزوج بالطلاقِ، لأنه من كنايات الطلاق، فلا يصح من غير نية،

---

(١) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢م، ص٣١٤-٣١٥.
(٢) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج٤، مصدر سابق، ص٢٦٣-٢٦٤.
(٣) المرجع نفسه، ص٢٦٨-٢٦٩؛ عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج٣، المكتبة العلمية، بيروت، من دون سنة نشر، ص٥١-٥٢.
(٤) عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج٣، مصدر سابق، ص٥٢.
(٥) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج٤، مصدر سابق، ص٢٦٥.
(٦) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، مصدر سابق، ص٣٢٤.
(٧) أبو محمد محمود بن أحمد العيني، البناية شرح الهداية، ج٥، مصدر سابق، ص٣٨٣.

وثانيهما: علم المرأة، أي علمها أنّ الأمر جُعِل بيدها سواء كانت غائبةً أو حاضرةً[١].

الاختيار: هذه الصيغة تعدّ من الصيغ الكنائية، وتكون عندما يقول الرجل لامرأته: "اختاري نفسك"، ينوي بذلك الطلاق، فلها أنْ تخيّر نفسها، والاختيار يقتصر على المجلس، فإذا قامت وخرجت من المجلس خرج الأمر من يدها وبطل التفويض[٢]. كما في عقد البيع إذ يقتضي الخطابُ وجوبًا في البيع لأن الأصل في الخيار القبول في المجلس، فإنِ اختارت نفسَها، كانت واحدة بائنة، ولا تكون ثلاث طلقات وإنْ نوى الزوج ذلك[٣].

وتفويض الطلاق للزوجة هو تمليك وليس توكيلًا، أي أنّ المالك يعمل برأي نفسه بخلاف الموكل، فيعمل برأي موكله، أمّا نوع الفرقة الواقعة بالتفويض، فإذا كانت باللفظ الصريح فتقع فرقة الطلاق رجعيًّا. أما إذا كانت بألفاظ الكنايات، فإنّ الفرقة الواقعة هي طلاق بائن[٤].

ثانيًا: المالكية

التفويض عند المالكية يعني إنابة الزوج غيرَه في الطلاق، ويقع الطلاق عندهم إمّا بمباشرة الزوج، وإما بتفويضه إلى غيره، والتفويض إلى الزوجة على ثلاثة أقسام: توكيل، وتمليك، وتخيير.

فالتوكيل هو جعل حقّ الزوج إنشاء الطلاق لغيره، زوجةً أو غيرها على طلاقها، فلها أنْ تفعل ما وكّلها عليه من طلقةٍ واحدة أو أكثر، وله أنْ يعزلها ما لم تفعل ذلك كأنْ يقول لها: وكّلتك على أنْ تطلّقي نفسك.

والتمليك هو أنْ يملّكها أمر نفسها، وليس له أنْ يعزلها، ولها أنْ تفعل ما جعل بيدها من طلقة واحدة أو أكثر، كأنْ يقول لها: "أمرك بيدك، أو طلاقك بيدك"، ويظهر قبولها بالتمليك بالقول أو بالفعل، والقول يكون بأنْ توقع الطلاق بلفظها، والفعل أنْ تفعل ما يدل على الفراق مثل نقل أثاثها أو غير ذلك، وإنْ سكتت لم يبطل تمليكها حتى يوقفها السلطان أو تتركه يطأها.

والتخييرُ تفويضُ الزوج لزوجته البقاء في الرابطة الزوجية أو الخروج والفراق عنها، فإنِ اختارت الفراق كان طلاقًا بالثلاثة، فإنْ قالت: اخترتُ واحدةً أو اثنتين لم يكن لها، وسقط خيارُها إلّا أنْ يخيّرها في

---

(١) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج٤، مصدر سابق، ص٢٤٨-٢٤٩.
(٢) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٦، مصدر سابق، ص٢١٠-٢١١.
(٣) أبو محمد محمود بن أحمد العيني، البناية شرح الهداية، ج٥، مصدر سابق، ص٥٧٤ وما بعدها.
(٤) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٧، مرجع سابق، ص٣٩٦، وما بعدها.

طلقة واحدة أو طلقتين خاصة فتوقعها، مثل أنْ يقول لها: "اختاري أو اختاري لنفسك"[١].

ثالثًا: الشافعية

تفويض الطلاق إلى الزوجة هو تمليك عند الشافعية، ويشترط وقُوعه على الفور، فإن انقضى مجلس التفويض وتفرقا أو تخلله كلام أجنبي، بطل التفويضُ فالشرط عندهم في قبول التفويض هو الفورية، بالإضافة إلى أنّ فقهاء هذا المذهب يشترطون أنْ يكون التفويض منجزًا، سواء كان صراحة أو كناية، إذ لا يصح تعليق التفويض على شرط كقوله: إذا جاء العيد فطلّقي نفسك، وأيضًا لا يصح التفويض إلّا من الزوج البالغ العاقل لزوجة البالغة العاقلة، ويجوز للزوج الرجوع عن تفويضه، فإذا رجع عن تفويضه، ثم طلّقت فلا يقع الطلاق، سواء عِلمت برجوعه أم لم تعلم[٢]، وإذا قال لها: طلّقي ثلاثًا، فطلّقت واحدة، أو العكس؛ فتقع واحدة، وإذا قال لها: طلّقي نفسك ونوى ثلاثًا، فقالت طلقت ونوت ثلاثًا وقعت ثلاثًا، وإلّا فواحدة[٣].

رابعًا: الحنابلة

يجوز للزوج تفويض الطلاق إلى زوجته باللفظ الصريح أو الكناية، فيقع باللفظ الصريح عندما يقول لزوجته: "طلّقي نفسك"، وبلفظ الكناية مع النية، والكناية عندهم ثلاثة أقسام، هي: ظاهرة "أمرك بيدك" وخفية "اختاري، اخرجي"[٤]، ومختلف فيها أي لها معنيان ظاهر وخفي "الحقي بأهلك، اعتدي"[٥]. فإذا كان التفويض بقول الزوج: طلّقي نفسك، أمرك بيدك، فالتفويض في هذا اللفظ توكيل[٦]، وإذا قال لها: طلّقي نفسك، فليس لها أنْ تطلق نفسها إلّا واحدة لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم، كما لو وكل فيه أجنبيًّا، إلّا أن يتلفظ بأكثر من ذلك بلفظه أو نيته[٧]، وإذا قال لزوجته: طلّقي نفسك ونوى عددًا، فهو على ما نوى، وإذا قال لامرأته: "طلّقي نفسك" ونوى ثلاثًا وطلقت نفسها ثلاثًا فهي ثلاث، وإنْ

---

(١) ابن جزي الغرناطي، القوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٦م، ص٢٥٨؛ ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، دار القلم، بيروت، من دون سنة نشر، ص١٥٥؛ وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج٨، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٠م، ص٣٩٩.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٤، مرجع سابق، ص٤٦٥-٤٦٦.

(٣) محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص١٦٢.

(٤) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٧، مرجع سابق، ص٤٠٣.

(٥) ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م، ص١١٦.

(٦) ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة نشر، ص٢٥٥.

(٧) ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الأمام أحمد، ج٣، مصدر سابق، ص١١٨.

كان قد نوى واحدة فهي واحدة؛ أمّا إذا لم ينوِ، فيتناول اليقين وهو واحدة[١]، ولا تشترط الفورية في تطليق الزوجة لنفسها في مجلس التفويض مادامت منجزة وغير مقيدة بزمن[٢].

وأمّا إذا كانت صيغة التفويض بقوله: أمُرك بيدك، فقد قالوا عنه توكيلٌ منه بالطلاق، ويكون على التراخي ولا يتقيد بمجلس[٣]، فإذا قال لها: أمرك بيدك فهي كناية ظاهرة، والزوجة تملك ثلاثًا، وإن نوى واحدة[٤].

أما لفظ الخفية كأنْ يقول لها: اختاري نفسك، فلفظ هنا يفتقر إلى نية، والتخيير هنا مُقيّد على الفور بمجلس التفويض، فلا خيار لها بعده، إلّا إذا خيّرها، مثل أنْ يقول لها: اختاري نفسك متى شئت، أو لأسبوع، إذا قال لها الزوج: "اختاري"، لا تملك الزوجة إلّا واحدة رجعية، إلّا أنْ يجعل لها أكثر من ذلك، اختاري ما شئتِ، أو اثنتين أو ثلاثًا أو نيته[٥].

أما عدد الطلقات، فإذا قال لها: اختاري ما شئت، أو نوى ثلاثًا أو اثنتين أو واحدة، فهو على ما نوى، فيرجع إلى نيته، وإنْ نوى الزوج ثلاثًا، فطلقت الزوجة أقل منها، مثل أنْ ينوي ثلاثًا وتطلق الزوجة نفسها واحدة، وقع ما طلّقته دون ما نواه؛ لأن النية لا يقع فيها الطلاق، وإنما يقع بتطليقها، ولذا لو لم تطلق لم يقع شيء[٦].

خامسًا: الجعفرية

للجعفرية في جواز التفويض من عدمه قولان، أحدهما: قال بعضهم لا يجوز التطليق إلّا من الزوج نفسه، أو وكيله الذي يكون غير الزوجة إذا كان الزوج غائبًا، فإذا خَيَّرَ الزوج زوجته، واختارت نفسها، فلا يقع الطلاق، سواء نويًا أو لم ينويًا، أو نوى أحدهما[٧]، وهم بهذا القول كانو يقصدون التفويض إذا كان بمنزلة التمليك، أي تمليكها حق الطلاق وجعلهِ من حقها فهو غير جائز[٨]. وثانيهما: يذهب إلى جواز تفويض الزوجة في الطلاق، ويكون إمّا تخيرها بنفسها، أو جعل أمرها بيدها، وإمّا بتفويضه

(١) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٤١٢.
(٢) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٧، مرجع سابق، ص٤٠٤.
(٣) ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٢٥٤.
(٤) إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج٦، مصدر سابق، ص٣٢٣.
(٥) المرجع نفسه، ص٣٢٤.
(٦) ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٢٥٥.
(٧) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، ج٥، مصدر سابق، ص٢٩-٣٠؛ الحسن بن يوسف الحلي، مختلف الشيعة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٣٨-٣٣٩.
(٨) رفيف محمد عبد الحكيم الصافي، نقاط الافتراق في الطلاق، مرجع سابق، ص١٣٣.

لمشيئتها، والتفويض عندهم توكيل، وإذن من الزوج في الطلاق، لذا حقَّ للزوج الرجوعُ عنه بعد إيجابه وقبل جواب مَنْ فوّضه، كما أنه لا يتقيّد مجلس التفويض بالفورية، فللمفوَّضِ إليه – زوجةً أو غيرها– أن يُطلّق بمجلس أو بعد المجلس، إلّا إذا كان التفويض مقيّدًا بوقت، فإنه يبطل بمضيه[١]، وفي رأيٍّ آخر، أنّ قول الزوج لزوجته: اختاري نفسك أو أمرك بيدك وسكتت الزوجة أو تحولت عن مجلسها، بطل خيارُها، إلّا إذا سمّى الزوج وقتًا معلومًا في الاختيار، ولكن إذا رجع قبل بلوغ الوقت كان ذلك له[٢].

أما عدد الطلقات، فإذا قال: طلّقي نفسك ثلاثًا، فطلّقت واحدة قيل يبطل، وقيل تقع واحدة؛ وكذا لو قال: طلقي نفسك واحدة، فطلقت ثلاثًا، قيل يبطل، وقيل يقع واحدة، وهو أشبه[٣]. والمخالفة في العدد لا تبطل الجواب، سواء خالفت بأكثر أو بأقل، أمّا المخالفة بالوصف فإنها تُبْطِلُ الجوابَ فلا يقع الطلاق على أية حال[٤].

وتكون واحدة رجعية إلّا إذا كانت الزوجة غير مدخول بها، أو كان التفويض على عوض، أو كانت صغيرة دون البلوغ، أو كانت يائسة على المحيض، فإنّ الطلاق يكون حينئذٍ بائنًا، وإنْ كان مكملًا للثلاث، بانت به بينونة كبرى[٥].

واشترط فقهاء الجعفرية في جواز التفويض ولو كان بالتخيير أنْ تقول الزوجة: "أنا طالق" وبشهادة شاهدَيْن، فإذا قالت: اخترت نفسي، لا يقع الطلاق[٦]. إذ أنهم ضيّقوا دائرة الطلاق إلى أقصى حدود، ويفرضون القيود الصارمة على المطلق والمطلقة وصيغة الطلاق وشهوده.

الفرع الرابع: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

نص المشرّع العراقي في المادة (٣٤) على: أوّلًا: "الطلاقُ رفعُ قيدِ الزواجِ بإيقاعٍ من الزوج أو من الزوجة إنْ وُكِّلت به، أو فُوضت، أو من القاضي، ولا يقع الطلاق إلّا بالصيغة المخصوصة له شرعًا".

ثانيًا: "لا يُعتدّ بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق"[٧].

---

(١) محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص٢٥٩-٢٦٠.

(٢) الحسن بن يوسف الحلي، مختلف الشيعة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٤٠.

(٣) جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام، ج٣، مصدر سابق، ص٥٨٠.

(٤) محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص٢٦٤.

(٥) المرجع نفسه، ص٢٦٠.

(٦) محمد حسن الجواهري، جواهر الكلام، ج٣٢، دار الكتب الإسلامية، طهران، ١٣٦٦هـ، ص٦٨؛ الحسن بن يوسف الحلي، مختلف الشيعة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٤٠.

(٧) ألغيت هذه المادة (٣٤) وحلّ محلها النص الحالي بموجب القانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٨٠، قانون التعديل الخامس =

ومن خلال تفسير نصّ الفقرتَيْن أعلاه، يتبيّن مقدور الزوجة أنْ تكون وكيلة الزوج في طلاق نفسها، أو مفوضة منه بذلك. ولا يقع إلّا بالصيغة المخصوصة له شرعًا، ويراد بالصيغة المخصوصة، ما دل على الطلاق من الألفاظ الصريحة أو الكنائية، ولا يلزم أنْ يكون اللفظ بكلمات محددة منطوق بها، إنمّا يشمل كلَّ شيء ما يفيد معناه، من إشارة أو كتابة، كما في حالة الأخرس والمعوق.

بالإضافة إلى ذلك منع قانون الأحوال الشخصية في نصّ الفقرة الثانية بوكالة غير الزوجة في إيقاع الطلاق، كما منعت الوكالة أيضًا في إجراءات التحكيم بين الزوجين المنصوص عليها في القرآن الكريم– التفريق للشقاق والخلاف– التي ذكرناها سابقًا، وأيضًا في إجراءات البحث الاجتماعي[١].

والجدير بالذكر أنّ القانون العراقي أطلق التفويض، وترك تفاصيل المسائل إلى أحكام الفقه الإسلامي، بينما ذهب قانون الأحوال الشخصية المصري إلى أنّ: كلُّ طلاق يقع رجعيًّا إلّا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، وما نص على كونه بائنًا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠"[٢]. وهذ خلل يجب تداركه، لأن الزوجة لا تستفيد من هذا التفويض طالما يستطيع الزوج مراجعتها خلال فترة العدة.

ومن هنا، أمتاز قانون الأحوال الشخصية العراقي بأنَّه أطلق الأمر في التفويض، فيُعدّ بائنًا في حالات، ورجعيًّا في الحالات الأخرى، حسب مصلحتها وحسبما فوضت به، وهذا ما أخذ به القضاء العراقي، الذي يوقعه رجعيًّا إذا كان من مصلحة الزوجة، كطلاق زوجة الغائب المفوضة بطلاق نفسها، لاحتمال أنْ يعود الزوج، وهي في فترة العدة، فيراجعها[٣]. أمّا إذا كان طلاق الزوجةِ المفوضة بسبب تضررها من الزوج ماديًا أو معنويًا، فمن مصلحته أنْ يقع الطلاق بائنًا؛ لأن الزوجة تفَّوض بطلاق نفسها، ثم تفعل ذلك هاربة من ضرر وقع عليها من الزوج ولن تستفيد من هذ التفويض إذا كان رجعيًا ما دام باستطاعة الزوج مراجعتها متى شاء في العدة.

ومن تطبيقات القضاء العراقي بهذا الشأن، ما قضت به محكمة التمييز: "الطلاقُ رفعُ قيد الزواج، ولا يقع إلّا بالصيغة المخصوصة له شرعًا وفقًا للمادة (٣٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، فإذا

لقانون الأحوال الشخصية المنشور في الوقائع العراقيَّة العدد (٢٧٩٥) في ١٩٨٠/٩/٢٢، أما نص المادة الملغاة فكان(الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو وكيله أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي، ولا يقع الطلاق إلّا بالصيغة المخصصة له شرعًا).

(١) ينظر في هذا الصدد: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي من استحالة استمرار الحياة الزوجية للضرر والشقاق، الحالة الثانية: في حالة حصول شقاق بينهما، ص٣٣.

(٢) المادة (٥) من الباب الرابع من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٥؛ تقابلها المادة (٩٤) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣.

(٣) أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، ج١، مرجع سابق، ص١٣١.

صدر الحكم المطعون فيه دون مراعاة الجوانب الشرعية القانونية فإنّ ذلك يشكل خرقًا للقانون لتعلق قضايا الحل والحرمة بالنظام العام[١].

المطلب الثاني: خلع المرأة لنفسها مقابل الاتفاق مع الزوج

لاشك أنّ الحياة الزوجية قد يعتريها النقص والضعف والشقاق والخلاف الذي هو سنة الحياة الدنيا، ولمّا كان الإسلام قد نظّم الحياة الزوجية تنظيمًا لا يعتريه نقص أو شقاق أو خلاف، بل تقوم الحياة الزوجية على الودّ والسكينة والرحمة وحسن المعاشرة وتأدية كلٍّ من الزوجين واجبه اتجاه الآخر، فالإسلام يعالج ما يُعكِّر صفو الحياة الزوجية من شقاق وخلاف[٢].

لكن قد يشتد الخلاف بين الزوجين، وينفد الصبر، ويتضاعف البغض، وتصبح الحياة جحيمًا لا يطاق، حينئذ جعل الإسلام للزوجين مخرجًا، فإذا كانت الكراهية من الرجل، فإنّ العصمة بيده، يُطلِّق متى شاء، وهذا الحق يستعمله في حدود الشرع، ويتحمل تبعاته، أو عن طريق إرادة الزوجة المنفردة– التفويض– وإذا كانت الكراهية من الزوجة، فقد أباح لها الإسلام أنْ تتخلص بطريق الخلع على أنْ تعطيه ما أخذته منه باسم الزوجية، وعليها تبعاته. وهذا ما سنتناوله تباعًا في هذا المطلب، فما هو معنى الخلع، وماهي دليل مشروعيته، وماهي مقومات الفرقة الواقعة بالخلع، وماهي صيغة الخلع، وما هو البدل أو العوض، وهل يحق للزوجين أنْ يتفقا على الخلع من دون عوض، وما هو تكييفه القانوني، وماهي الفرقة الواقعة بالخلع، وأخيرًا ما هو موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي.

الفرع الأول: معنى الخلع

الخلع في اللغة (بفتح الخاء) وهو الفعل أو الترك، حيث يُقال: خلع الثوب، أي نزع الثوب، والخلع(بضم الخاء) هو رفع لباس الزوجية حيث يُقال: خلعت المرأة زوجها، أي أرادته على طلاقها، ببدل منها له فهي مختلعة[٣].

وفي الاصطلاح هو: حل الرابطة الزوجية بلفظ الخلع، أو ما في معناه في نظير عوض من

---

(١) قرار محكمة التمييز في العدد٣/ مصلحة القانون/١٩٩٣في ١٩٩٣/٥/٥؛ ينظر: فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٢٧٧.

(٢) علي محمد لبن، الخلع شرعًا وقانونًا ومدى جواز تطبيقه على المسيحيين، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص٥.

(٣) زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص٩٥.

الزوجة[١]. وعرّفه الحنفية بأنَّه: أخذُ مالٍ من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع[٢]. وعرّفه الجعفرية: بأنَّه طلاقٌ بعوض مقصود لازم لجهة الزوج[٣].

وقد رأينا أنّ الخلع عند فقهاء عدة تعريفات مختلفة، لكنها تدور في معنى واحدٍ هو: إبانة الزوجة على مال تفتدي به نفسها من الزوج[٤].

أما تعريف الخلع في القانون، فقد سار المشرّع العراقي في موقفه من الخلع بنفس مسار الشريعة الإسلامية، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال نص المادة (٤٦)، إذ نصَّت هذه المادة في فقرتها الأولى على أنّ: "الخلعُ إزالةُ قيدِ الزواجِ بلفظ الخلع أو ما في معناه، وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة (٣٩) من هذا القانون[٥]. ومن ذلك يتّضح أنّ الخلع اتفاقُ الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية مقابل عوض يُدفع من الزوجة إلى الزوج، وهذا الاتفاق كما يُسمّى خلعًا كذلك يُسمّى فديةً وصلحًا ومباراة.

الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع شرعًا

أوّلًا: الكتاب: قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[٦].

وجه الدلالة من الآية: لا يحل للزوج أنْ يأخذ من زوجته مالًا تملكه إلّا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله وأداء الحقوق الزوجية فيما بينهما، مثل بغض المرأة لزوجها، أو سوء سلوكها في بيتها، ففي مثل هذه الحالات التي يحدث فيها شقاء ونشوز وسوء تفاهم بين الزوجين، وتعذر الإصلاح والوفاق بينهما، أجاز الإسلام للزوج أنْ يأخذ من زوجته مالًا[٧].

ثانيًا: السنة: ما روي عن رسول الله (ﷺ): "إنَّ امرأة ثابت بن قيس قالت يا رسول الله: ثابت بن

---

(١) عبد الودُود السريتي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص٢٧٣.
(٢) كمال الدين محمد ابن همام، فتح القدير، ج٤، مصدر سابق، ص٢١٠.
(٣) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٦، مصدر سابق، ص٨٧.
(٤) محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص١٣٨.
(٥) المادة (٤٦) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
(٦) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.
(٧) عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، ١٩٩٧م، ص٥٥.

قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام، فقال (عليه الصلاة والسلام): أتردين عليه حديقته التي أعطاك، فقالت: نعم وزيادة، فقال النبي عليه الصلاة والسلام اقبل: الحديقة وطلقها تطليقة واحدة. أما الزيادة فلا"[١]، وفي رواية أخرى أمره أنْ يطلقها.

فالحديث السابق يؤكد مشروعية الخلع لا لتقصير من الرجل، ولكن لأن المرأة كارهة له، ولا تطيق العيش معه، فإذا طلبت الخلع دون سبب فهو مكروه، ولا يجوز للزوجة أنْ تطلبه إلّا إذا كان هنالك سبب يبرّره[٢]، وممّا يؤكد الكلام السابق قول رسول(ﷺ): "المُخَتلعاتُ هن المُنَافقاتُ"[٣]. لذلك فإنّ مشروعية الخلع تنشأ من كراهة العشرة إمّا لسوء الخلقة ولدمامة في الشكل، وإمّا غيره من الأمور التي لا تستطيع المرأة معها إتمام حياتها مع هذا الرجل.

ثالثًا: الإجماع: أجمع الفقهاء على شرعية الخلع، وإباحته عند الحاجة إليه، كسوء العشرة وكره الزوجة لزوجها، ولم يثبت وجود أي اختلاف بينهم على شرعيته[٤]، ما عدا أحد فقهاء الشافعية، وهو أبو بكر بن عبد الله المزني، وسنده أنّ الآية التي أشارت إلى الخلع في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[٥]، منسوخة بقوله تعالى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾[٦]، وجمهور الفقهاء يقولون إنّ هذا السند غير صحيح، وإنّ دعوى النسخ بأنَّها لا تصح لعدم قيام الدليل على تأخر الناسخ عن المنسوخ[٧].

رابعًا: المعقول: هو أنّ الطلاق بالأصل بيد الرجل، غير أنّ المرأة قد ترغب بالخلاص من الزوج لسبب أو لآخر، وهي تملك ذلك، فتتفق معه على مقدار من المال تدفعه له في مقابل نيل حريتها، فإذا رضي بذلك، كان الخلع افتداء لها من حياة لا تطيقها، ورد ما قدمه الزوج من أموال للزوجة[٨].

---

(١) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، مصدر سابق، ص٢٩٢؛ زين الدين بن علي العاملي، مسالك الأفهام، ج٩، مصدر سابق، ص٤١٠.

(٢) وسن كاظم الدفاعي، الطلاق الخلعي بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون العراقي، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، تصدر عن جامعة واسط –كلية القانون، العدد(١٦)، ٢٠١١م، ص٤٢٧.

(٣) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، مصدر سابق، ص٢٩٧.

(٤) محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، مرجع سابق، ص٣٠٥؛ عبد الحكم فوده، أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص٢٨٣.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٦) سورة النساء، الآية ٢٠.

(٧) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٣، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان، ٢٠١٠م، ص٢٨٦.

(٨) أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية والفسخ والتفريق والخلع، مرجع سابق، ص٨١–٨٢.

الفرع الثالث: مقومات الفرقة الواقعة بالخلع

للإحاطة بمقومات الفرقة الواقعة بالخلع، سنتناول في هذا الفرع أركانَ الخلع في الفقرة أوّلًا. ومن ثم نخصص الفقرة ثانيًا لشروط صحة الطلاق الواقع بالخلع.

أوّلًا: أركان الخلع

الركن عند جمهور الفقهاء كلُّ ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويعدّ جزءًا من حقيقته وماهيته[١]. ورُكْنا الخلع عند جمهور الفقهاء هما: الإيجاب والقبول، لأنه عقُد تراضٍ يصدره الزوجُ مقابل بذل تلزمه الزوجة، إذ لا يقع الطلاق ولا يلزم البذل إلّا بقبولها، فإذا قبلت تم الخلع صحيحًا، فلا تقع الفرقة ولا يستحق الزوج العوض من دون رضا الزوجة، كما هو الشأن في عقود المعاوضات[٢]. والدليل هو قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، وهذه الآية تدل على رفع الجناح عن الزوجين عند الافتداء، ولم تتضمن أمرًا للزوج بقول الخلع، ويستدل أيضًا بقول الرسول(ﷺ) في حديث ثابت بن قيس: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، ويتبين من هذا، أنّ الأمرَ أمرُ إرشادٍ لا إلزام[٣].

وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية العراقي، إذ نصَّت المادة(١/٤٦) على: "الخلع.. وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي.." وهذا يعني أنّ رُكني الخلع في نظر المشرّع العراقي هما: الإيجاب والقبول، لكنه أوجب على الزوج والزوجة إيقاعه أمام القاضي.

والجدير ذكره أنّ الإيجاب والقبول في الخلع يختلف عن الإيجاب والقبول في عقود المعاوضات، إذا كان صادرًا من جانب الزوج، فالإيجاب إذا صدر من الزوج، كان فيه تعليق، فلا يملك الزوج الرجوع عن إيجابه قبل قبول الزوجة، وإذا صدر عن الزوجة كان فيه معنى المعاوضة، فتملك الزوجة الرجوع عن إيجابها قبل قبول الزوج، والإيجاب هنا يشبه بالإيجاب في عقود المعاوضات، فللموجب في هذه العقود أنْ يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر، بغض النظر عمَّنْ كان الموجب البائع أو المشتري، المستأجر أو المالك[٤]. ويختلف الإيجاب والقبول أيضًا في الخلع عن الإيجاب والقبول في المعاوضات في المعنى، فهي ليست بالمعنى المعروف في القانون المدني، لأنها مشوبة بالتبرع، إذِ المعاوضة في القانون المدني

---

(١) عباس سهيل جيجان، الطلاق الخلعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية تصدر عن جامعة بابل، المجلد(٤)، العدد(١)، ٢٠١٢م، ص٢٨٤.

(٢) علي محمد لبن، الخلع شرعًا وقانونًا ومدى جواز تطبيقه على المسيحيين، مرجع سابق، ص٣٠.

(١) عباس سهيل جيجان، الطلاق الخلعي، مرجع سابق، ص٢٨٤.

(٤) محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، مرجع سابق، ص٣٠٨-٣٠٩.

تعني مقابلة الشيء المادي بشيء مادي آخر، أمّا في حالة الخلع فالزوجة لا تحصل على ثمّة شيءٍ ماديٍّ، بل تحصل على أمرٍ معنويٍّ وهو الحرية، وإنهاء الارتباط مع زوجها[١].

ثانيًا: شروط الخلع

الخلعُ تصرُّفٌ شرعيٌّ من قِبل الزوجين بصيغة معينة، تترّتب عليه الفرقة بينهما، نظير المال الذي التزمت الزوجة بدفعه إلى الزوج، وهو المعروف ببدل الخلع أو عوض الخلع أو بالعوض.

ومن هنا يتبيّن أنّ شروط الخلع التي لا يمكن أنْ يكون بدونها هي: الزوجان، ويسمّيان المخالِع والمختلَعَة. وصيغة الخلع؛ والعوض، فشروطه أربعة:

١- **الزوج المخالِع:** وهو الطرف الأول في عقد الخلع، والقاعدة المعروفة لدى فقهاء المسلمين هي، من جاز طلاقُه جاز خلعُه[٢]. واتفق عليها فقهاء المسلمين إلّا أنهم اختلفوا في بعض الجزئيات، حيث ذهب فقهاء الحنفية، وحسب القاعدة المذكورة: "من جاز طلاقه جاز خلعه" فاشترطوا أهلّية الزوجِ، وكون المرأة محلًا للطلاق[٣]. فطلاق السكران والمُكَره والهازل يقع عندهم[٤]، أمّا الصبي، فخلعُه وطلاقه باطل[٥]. أمّا خلعُ المريضِ مرضَ الموت، فالخلع جائز بما سمياه من بدل الخلع وتراضيا عليه قليلًا كان هذا البدل أو كثيرًا؛ لأن الزوج لو طلّقها بغير عوض، كان طلاقه صحيحًا، فالبعوض أولى. ولا ميراث لها منه؛ لأن الفرقة وقعت بقبولها ورضاها[٦].

أما المالكية فيصحّ عندهم الخلع من الزوج أو وليّه، وهذا ما عّرفه ابن عرفةّ بقوله: من صحّ طلاقهُ[٧]. وموجب الخلع هو موقِّعُهُ ومثبته الزوج لا غيره، إلّا أنْ يكون وكيلًا عنه، لا صبي ولا مجنون. واشترطوا في الزوج أنْ يكون مكلفًا والمكلف هو البالغُ العاقل، ويصح خلع السفيه، لأن العصمة بيده، وله أنْ يطلّق بغير عوض. وأيضًا يصح الخلع من وليّ الزوج الصغير أو المجنون، سواء كان أبًا للزوج أو وصيًّا أو مقامًا من جهة الحاكم، إذا كان الخلع من الولي لمصلحة[٨].

---

(١) عبد الحكم فوده، أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص٢٧٦.
(٢) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص١٣٤.
(٣) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، مصدر سابق، ص٤٤١.
(٤) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٦، مصدر سابق، ص١٧٦ وما بعدها.
(٥) المرجع نفسه، ص١٧٨.
(٦) المرجع نفسه، ص١٩٣.
(٧) الرصاع التونسي، شرح حدود ابن عرفه، المكتبة العلمية، تونس، ١٣٠٥هـ، ص١٨٩.
(٨) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج٤، مؤسسة المعارف، بيروت، ٢٠٠٥م، ص١٥.

أما الشافعية، فيصحّ عندهم الخلع من الزوج الذي يصح طلاقه، فيشترط أنْ يكون بالغًا، عاقلًا، فلا يجوز خلع الصبي، والمجنون، والمكره، كالطلاق؛ ويصح الخلع من المحجور عليه بسفه، أو إفلاس، سواء أذن الوليّ أو لم يأذن، وسواء كان بمهر المثل أو أقل؛ لأن له أنْ يطلّق مجانًا، فبعوض أولى ولكن يُدفع العوض إلى وليّه، أو وصيه كسائر الأموال، ولا يصح للأب أنْ يطلّق امرأةَ الصغير بعوض أو من دون عوض، أمّا المريض مرض الموت فيصحّ ولو من دون مهر(١).

أما الحنابلة يصحّ عندهم الخلع في كل زوج يصح طلاقهُ مسلمًا كان أو ذميًّا؛ لأنه ملك، إذا ملك الطلاق بغير عوض، فبعوض أولى(٢). ويصح الخلع من السفيه والحر والعبد، ويصح من الزوج أو من ينوب عنه، وإذا كان الزوج محجورًا عليه لسفه، فإنه لا يقبض العوض بل وليّه(٣). أما السكران ونحوه، كَمنْ شرب ما يزيل العقلَ عالِمًا بحرمته، فإنّ طلاقَه يقع(٤).

أمّا فقهاء الجعفرية فقد اشترطوا في الزوج المخالع توافر أربعة شروط: البلوغ، وكمال العقل، والاختيار والقصد، فلا يقع مع الصغير والمجنون، ولا مع الإكراه، ولا مع السكر، ولا مع الغضب الرافع للقصد، ولا مع الغفلة، ولا السهو والعبث. ولا يصح خلع عن ابنه الصغير، ولا يجوز له خلعًا أوقعه ابنه الصغير(٥). وهناك رأي يقول لو خالع وليّ الصغير بعوضٍ صحّ خلعُه إنْ لم يكن طلاقًا ويبطل مع القول كونه طلاقًا، بمعنى لو طلبت الزوجة من ولي الصغير خلعها فخلعها الوليّ صح الخلع على قول أن الخلع شيء آخر غير الطلاق، ويبطل الخلع على قول أن الخلع نوع من الطلاق(٦).

٢- **الزوجة المختلَعَة:** وهي الطرف الثاني في عقد الخلع، ويُشترط أنْ تكون بالغةً عاقلةً رشيدةً أهلًا للتبرع، فالشرط أنْ تكون أهلًا للتبرع، وأيضًا أنْ تكون زوجتُه شرعًا بموجب عقد نكاح صحيح، وتكون أهلًا للطلاق محلًا له(٧)، ولا يصحّ خلع الصغيرة، وغير المميزة، والمجنونة، ومن في حكمها إذا باشرت الخلَع بنفسها، وإنمّا الخلاف في حكم خلعِ المريضةِ والسفيهةِ والصغيرةِ المميزة والخلع من الولي(٨).

---

(١) محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص١٩٨؛ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٤، مرجع سابق، ص٤٣١-٤٣٢.

(٢) أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، مصدر سابق، ص٤٣٩.

(٣) موسى بن أحمد الحجاوي، الإقناع على مذهب الإمام أحمد، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة نشر، ص٢٥٣.

(٤) ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٢٣٤.

(٥) جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام، ج٣، مصدر سابق، ص٦١٧-٦١٨؛ عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مصدر السابق، ص٩٩.

(٦) جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام، ج٣، مصدر سابق، ص٦١٧-٦١٨؛ محمد حسن الجواهري، جواهر الكلام، ج٣٣، مصدر سابق، ص٣٩.

(٧) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص١٣٩-١٤٠.

(٨) مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مرجع سابق، ص٣٣٥.

فقد ذهب الحنفية إلى خلع المريضة مرضَ الموت بأنَّه صحيح، ويقع به الطلاق البائن، ويثبت به البدل، إلّا أنه لا يُنَفذ إلا من ثلث مالها لأنه تبرع، والتبرع في مرضِ الموتِ وصيّة، والوصية لا تجوز إلّا من الثلث[١].

أما الصغيرة والمجنونة فيذهب الأحناف إلى أنه إذا أُختلعت الصبية من زوجها الكبير وهي تعلم وتعقل أن الخلع ينهي العلاقة الزوجية، فالطلاق واقعٌ عليها وصح الخلع؛ لأن الزوج من أهل الإيقاع- أي إيقاع الطلاق- وإيجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها، وقد تحقق القبول منها فيقع، ولكن لا يلزمها المال؛ لأن ليست من أهل التبرع، أما إذا لم تكن أهلًا للقبول بطل الخلع ولا يترتب عليه طلاق[٢]. أما الصغيرة العاقلة، فذهبوا إلى صحة خلعها إذا قبلت الخلع من زوجها، إلّا أنّ المهر لا يسقط، ولا يلزم المال[٣].

يجوز الخلع من الولي إذا ضمن البدل لأن الزوج ينفرد بالإيقاع، واشتراط القبول لمجرد التزام المال، وقد وجد ذلك من الولي. أمّا إذا لم يضمن البدل أُلغي العوض، والطلاقُ معلّقٌ على قبول، فلا يقع لأنه متوقف على استحقاق البدل[٤].

أما المالكية فذهبوا في رأي إلى خلع المريضة مرَض الموت، وهو صحيحٌ، وينطبق الإرث في العدة، أيّ تختلع زوجها بقدر ميراثه منها، وفي رأي آخر قال مالك: الخلع غير صحيح، لكن يقع الطلاق ولم يورثها[٥]، أما الصغيرة والسفيهة فيرى المالكية وجوب أنْ يكون الملتزم بالعوض أهلًا للتبرع، غير محجور عليه، لصغرٍ أو جنونٍ أو سفه، ففي الصغيرة المميزة والسفيهة يقع الطلاقُ، ويلغى العوض، هذا في حالة لم تتضمن الصيغة التعليق على استحقاق المال، أما إذا تضمّنت الصيغة أُلغيَ الطلاق أيضًا لعدم أهلية الالتزام[٦].

أما خلع الولي فيصح الخلع على ابنته المجبرة من مالها، ولو بجميع مهرها، وأما السفيهة فجاز بإذنها مطلقًا من ماله أو مالها، ويصح بغير إذنها إذا كان من ماله[٧]. أما خلع الأجنبي فيصح، ويكون عوض الخلع في ذمة ذلك الأجنبي بقولهم يجوز العوض من غيرها إنْ تأهل الدافع للالتزام العوض بشرط أن يكون رشيدًا[٨].

---

(١) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٦، مصدر سابق، ص١٩٢.
(٢) المرجع نفسه، ص١٧٨.
(٣) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص١٥٤.
(٤) مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مرجع سابق، ص٣٣٩.
(٥) محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج٤، مصدر سابق، ص٢٠.
(٦) محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج٢، مصدر سابق، ص٢٤٨.
(٧) المرجع نفسه، ص٢٤٨.
(٨) المرجع نفسه، ص٢٤٧.

أما الشافعية فعندهم اختلاع المريضة مرض الموت جائزٌ بقدر مهرِ مثلها، وإنْ زاد فالزيادة عن الثلث؛ لأن الزائد عليه يعدّ تبرعًا[١]. أمّا خلع الصغيرة والسفيهة فإنّ الشافعية يرَوْن أنّ للحجر خمسة أسباب هي: الرق والمرض والسفه والصبا والجنون[٢]، وفي هذه الحالة فإن الخلع إطلاق التصرف عليه يقع الطلاق رجعيًّا، ويلغى العوض[٣]؛ أمّا خلع الولي فإنه ليس له أنْ يختلع بشيء من مالها؛ لأنه يسقط بذلك حقّها من المهر والنفقة والاستمتاع، فإنْ خالعها لم يستحق ذلك، لكن لو خلع بماله أو بضمانه وقع الخلع والتزم هو بالمال[٤]. وبذلك أقروا بخلع الأجنبي وإلزامه ببدل الخلع[٥].

أما الحنابلة، فخلع المريضة مرض الموت صيحيح، وللزوج الأقل من بدل الخلع ومن ميراثه منها[٦]. أما خلع الصغيرة والسفيهة فلا يصح بذل العوض في الخلع؛ لأنه تصرّف في المال، وليس هي مِنْ أهله، سواء أذن فيه الوليّ أم لم يأذن[٧]؛ أما خلع الوليّ فلا يصح الخلع بشي من مالها، ولا طلاقها بشيء من مالها، لأنه لا يملك التصرّف بما لها، فإنْ فعل ذلك يقع الطلاق رجعيًّا، أمّا إذا كان العوض من الولي، فيصح ذلك كما هو الحال الخلع الأجنبي إذ يُسأل الزوجُ أنْ يخلعَ زوجتهَ بعوض بدله ولو بغير إذنها[٨].

أما الجعفرية فذهبوا إلى عدم التفرقة بين خلع المريضة وخلع الصحيحة، لأن القرآن لم يفصل؛ جاء في الخلاف للطوسي[٩]: "إذا خالعت المرأة في مرضها بأكثر من مهر مثلها، كان الكلُّ من صلب مالها، لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾، ولم يفرّق بين حال الصحة والمرض، فوجب حمله على عمومه إلّا أنْ يقوم دليل". أما خلع الصغيرة والسفيهة، فذهبوا إلى أنْ خلع الصغيرة فاسدٌ وكذلك، خلع السفيهة، إلّا إذا أذن له به القيِّم فإنّه يصح ذلك في مصلحتها[١٠].

أما إذا تولى ولي الصغيرة على بذل يدفعه من مالها، وقع الطلاق بائنًا ولزمها البدلُ بشرط كراهتها لزوجها، وحصوله منفعةٍ لها بالخلع، كما يصح الخلع ويقع الطلاق ويلزمه البدل لو التزم أداءه من ماله[١١]. أما خلع الأجنبي فانه لا يصح ولا يجب عليه أنْ يدفع شيئًا[١٢]، وجاء في الروضة البهية

---

(١) أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، مصدر سابق، ص٣١١.
(٢) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، مصدر سابق، ص٤٣٢.
(٣) مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مرجع سابق، ص٣٣٧.
(٤) محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص١٩٨.
(٥) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص١٤٦.
(٦) موسى بن أحمد الحجاوي، الإقناع على مذهب الإمام أحمد، ج٣، مصدر سابق، ص٢٦١.
(٧) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٥١.
(٨) ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٢١٤.
(٩) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، ج٤، مصدر سابق، ص٤٤٢
(١٠) مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مرجع سابق، ص٣٣٨.
(١١) عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٩٨.
(١٢) محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص١٣٩.

في شرح اللمعة الدمشقية: "وفي صحته – أي الخلع – من المتبرع بالبذل من ماله قولان: أقربهما المنع"، لأن الخلع من عقود المعاوضات فلا يلزم العوض[١].

٣- **صيغة الخلع:** تنوعت آراء الفقهاء في صيغ الخلع، ومنشأ هذا التنوع هو التأثر بظاهر بعض النصوص والأعراف والعادات والمحلية، وبيان ذلك على النحو الآتي:

أ- الحنفية: ذهب الحنفية إلى أنّ صريح الإيجاب في الخلع: خالعتُكِ، وبارأتُكِ ، باينتُكِ، وفارقتُكِ، طلّقي نفسك على ألفي دينار. وزاد على هذه الألفاظ لفظُ البيعِ والشراء، كبعتُ نفسك أو طلاقك على كذا، فتقول هي اشتريت، ويكون في المجلس، إذا لم يكن الإيجابُ معلّقًا كأنْ يقول لها: متى أبرأتي مهرَك فأنت طالقٌ[٢].

ب- المالكية: خلعُ العصمةِ بالطلاق على عوض، وله عبارة أخرى هي الصلح والمباراة والافتداء، وكلها تؤول إلى معنىً واحدٍ، وهو بذل العوض عن الطلاق، إلّا أنّ اختلافهما يرجع إلى اختلافِ صفاتِ وقوعها، فالخلعُ بذلُ جميعِ المال على الطلاق، والصلحُ بذلُ بعضِه، والافتداءُ بذلُ جميع الذي أعطاها[٣]، ويرى المالكية جواز الخلع بالمعاطاة إذا قام العرف دليلًا على قصد الزوجين في ذلك، متى دفعت له ذهبها أو عقدها، فأخذه وانصرفت كان ذلك خلعًا[٤]. ويكون القبول في مجلس الإيجاب، أو مجلس التنجيز؛ أما في التعليق على الإقباض أو الأداء، فلا يختصّ إقباضها أو أداؤها في المجلس[٥].

ج- الشافعية: صيغة الخلع عندهم هي صيغة الطلاق صراحة لا يحتاج إلى نية، أو كناية مع النية، وكذلك يجوز بلفظ الفسخ مع العوض، ولكن بحاجة إلى نية كسائر الكنايات. ويصح الخلع بصيغة التنجيز، أي في الحال بلفظ المعاوضة، كما يصح أيضًا بصيغة التعليق على زمان أو فعل، كأنْ يعلّق الطلاق على ضمانِ مالٍ أو دفعِ مالٍ، ويكون الجواب على الفور[٦].

---

(١) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٦، مصدر سابق، ص٩١.

(٢) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٦، مصدر سابق، ص١٧٣؛ محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، مصدر سابق، ص٤٤٣.

(٣) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج٤، مصدر سابق، ص٥؛ أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٣، مصدر سابق، ص٨٩.

(٤) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج٤، مصدر سابق، ص٢١.

(٥) مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مرجع سابق، ص٣٣٣.

(٦) محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص١٩٨؛ مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مرجع سابق، ص٣٣٣.

د- الحنابلة: تنقسم ألفاظ الخلع عندهم إلى: صريحة وكنائية فالصريحة ثلاثة ألفاظ: خالعتك؛ لأنه ثبتَ لهُ العُرف. والمُفاداة؛ لأنه ورد في القرآن، في قوله سُبحانهُ وتعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، وفسخت نكاحك؛ لأنه حقيقة فيه. وهذه الألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية. أما الألفاظ الكنائية مثل بارأتُكِ، وأبراتُكِ، وأبَنتُكِ، ولا يقع بالكناية إلَّا بنية ممّن تلفظ به منهما[١].

هـ- الجعفرية: صيغة الخلع الصريحة عندهم خالعتُكِ على كذا، أو أنت مختلعة على كذا، أو خلعت فلانة أو هي مختلعة على كذا، ثم يتبعه بطلاق على الفور فيقول: أنت طالق. هذا إذا كانت الكراهية من الزوجة.

ولا يقع الخلع عندهم بالتقايل بين الزوجين. ومن ألفاظ الخلع عندهم: "المباراة"، وقد قالوا عنه المباراة كالخلع وتفرق عنه بأنّ الكراهة فيها منهما- أي من الزوجين- جميعًا، ويلزم إتباعها بالطلاق، فلا يجزئ بقوله: بارأتُكِ أو بارأت زوجي على كذا، حتى يقول أنت طالق، أو هي طالق، ولا يجوز في الفدية فيها أنْ تكون أكثر من المهر[٢].

٤- **البدل أو العوض:** إزالة ملك النكاح في مقابل مال؛ فالعوض جزء أساس من مفهوم الخلع، فإذا لم يتحقق العوض لا يتحقق الخلع، فإذا قال الزوج لزوجته: خلعتُكِ وسكت، لم يكن ذلك خلعًا، ثم أنّه إنْ نوى الطلاق، كان طلاقًا رجعيًّا وإن لم ينو شيئًا لم يقع به شيء، وهذا يعني أنّ الخلع لا يصح من دونه[٣]. لكن هذا ليس محل اتفاق الفقهاء؛ لأن بعضهم لا يشترط العوض لصحة عقد الخلع فضلًا عن أنْ يجعله شرطًا، ثم إذا ذكرَ ما هي شروطه، وللإلمام بهذا الموضوع يتعين علينا تناوله من جهتين، الأولى: ما هو نوع البدل، العوض؟ ومن جهة ثانية هل يحق للزوجين الاتفاق على الخلع دون البدل أم لا؟ وإذا اتّفق الطرفان على البدل فما هو مقدار البدل؟

الجهة الأولى: نوع العوض

اتفق الفقهاء على وجوب أنْ يكون العوض ذا قيمة؛ فكلُّ ما يصح أنْ يكون مهرًا يصح أنْ يكون بدلًا في الخلع دون حدٍّ لا أقلّه ولا أكثره. فيصح أن يكون بدل الخلع من النقدين، ويصح أنْ يكون عقارًا أو منقولًا أو يكون دينًا في ذمة الزوج لزوجته، وكذلك يجوز أنْ تخالع الزوجةُ زوجها على أنْ يكون بدلُ

---

(١) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٢٩.

(٢) محمد حسين فضل الله، فقه الشريعة، ج٣، مصدر سابق، ص٦١٩؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص١٧٠.

(٣) صباح صلاح الدين مصطفى، الطلاق الخلعي في القانون والشريعة الإسلامية، مطبعة الثقافة، أربيل، ٢٠١١م، ص٥٠.

العوض إرضاع ولدها عن مدة الرضاعة المقررة شرعًا بغير أجرة، أو حضانته مدة الحضانة المقررة شرعًا دون أنْ تتقاضى نفقة حضانته[١]. ومؤدى ذلك أنّ الخلع على مالٍ غير متقوم، كالخمر أو الخنزير، لا يصحّ عند الجعفرية، ولكن يصح به الطلاق، ويصح به الخلع عند الشافعية وللزوج مهر المثل[٢]، ويصح به الخلع عند الحنفية والمالكية والحنابلة إذا علم الزوج والزوجة بالتحريم، ولا يستحق المُطلق شيئًا[٣].

الجهة الثانية: الاتفاق على الخلع من دون عوض

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى حرية الإرادة في الاتفاق على الخلع بعوض أو بغير عوض؟

فقد ذهب الحنفية إلى أنّ العوض ليس شرطًا في الخلع، ويصح الخلع وإنْ لم يُذكر العوض[٤]. ويرى بعض الحنفية، إذا اشترط العوض في الخلع لا يجوز للزوج أنْ يأخذ من زوجته عوضًا على الخلع، إذا كان هو السبب في الخلع، وله أنْ يأخذ منها بقدرِ ما أعطاها من المهر إذا كانت هي السبب في الخلع لعدم قيامها بالحقوق الزوجية[٥].

وذهب المالكية، كالحنفية، فلم يجعلوا العوض شرطًا في الخلع، ويصح الخلع عندهم بعوض وبغير عوض[٦]. أمّا الشافعية فلا يقع الخلع عندهم إلّا بعوض ويجب أنْ يكون معلومًا متمولًا، فإذا كان مجهولًا، فسد الخلع ونفذت البينونة بمهر المثل[٧].

أما الحنابلة، فذهبوا إلى أنّ العوض شرطٌ لصحة الخلع، لكن لا يُستحب أنْ يكون العوض أكثر مّما أعطاها، ولا يصح الخلع بالمجهول، لا الخلع معاوضة ولا يصح بالمجهول[٨].

أما الجعفرية فذهبوا إلى أنّ العوض شرطٌ لصحة الخلع، وبدونه لا يقع صحيحًا إنْ لم يُتْبَع بلفظ الطلاق؛ وإنْ اتُبع به، فإنْ كانت المرأة مدخولًا بها وقع رجعيًّا، وإلّا فهو بائن[٩]. ويشترط حضورُ شاهدَيْن

---

(١) محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص٢٧٤.
(٢) عباس سهيل جيجان، الطلاق الخلعي، مرجع سابق، ص٢٨٩.
(٣) عبد القادر إبراهيم علي وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص٣١٦.
(٤) مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مرجع سابق، ص٣٤٤.
(٥) أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، ج١، مرجع سابق ص١٧٧.
(٦) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص١٧٣.
(٧) أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، مصدر سابق، ص٣١١.
(٨) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص١٥٥ وما بعدها.
(٩) عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٩٤.

عدلَيْن؛ وتجريد الخلع من الشرط والتعليق، كما هو الحال في الطلاق، ويشترط أنْ تقوم الكراهة من الزوجين معًا أو من الزوجة خاصة[١].

الفرع الرابع : طبيعة الخلع وتكييفه الفقهي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في طبيعة الخلع، هل هو طلاق أم فسخ؟ واختلفوا أيضًا في تكييفه الفقهي، وفيما يأتي بيان ذلك:

أوّلًا: الحنفية:

ذهبوا إلى أنّ الخلعَ طلاقٌ بائنٌ إذا ثبت البدل[٢]. أما تكييفه الفقهي فهو يختلف في جانب الزوج عنها في جانب الزوجة، وهو قول أبي حنيفة، إذ قال: هو من جانب الزوج يمينًا؛ لأنه علّق طلاقهما على مال، أمّا من جانب الزوجة فهو معاوضة، لأنها التزمت بدفع العوض مقابل طلاقها[٣]. أما عند صاحبيه فهو يمين من الجانبين لأن قبولها يكمل يمين الرجل، فلا فائدة لقوله لولا قبولها والراجح عندهم هو رأي أبي حنيفة[٤].

ويترتب على كون الخلع يمينًا من جانب الزوج ما يأتي:

١- إذا أوجب الزوجُ الخلعَ، لا يجوز له الرجوع قبل قبول الزوجة، لأن التعليق لا رجوع فيه.
٢- ليس للزوج خيار الشرط، فإذا اشترط أُلغى الشرط وصح العقد، لكونه لا يملك الرجوع، فلا يملك الخيار.
٣- لا يبطل إيجابه بقيامه من المجلس بخلاف المعاوضة. ويصح الإيجاب من الزوج في غيبتها، فإذا بلغها إيجابه فقبلت في مجلس علمها بإيجابه تم عقد الخلع، وإنْ قامت من مجلس علمها به قبل أنْ تقبل، بطل الإيجاب ولا ينعقد الخلع.
٤- يجوز للزوج أنْ يعلق الخلع على شرط، ويضيفه إلى مستقبلٍ بخلاف المعاوضة[٥].

ويترتب على كونه معاوضة من جانب الزوجة ما يأتي:

---

(١) عبد الحكم فوده، أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص٢٩٤.
(٢) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٦، مصدر سابق، ص١٧١.
(٣) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، مصدر سابق، ص٤٤٢.
(٤) كمال الدين محمد ابن همام، فتح القدير، ج٤، مصدر سابق، ص٢١١، ص٢١٩.
(٥) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٦، مصدر سابق، ص١٧٣؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص١٢٧.

أ- يحق للزوجة الرجوع عن إيجاب الخلع إذا ابتدأت إيجابه، مثل لو قالت له: اختلعت منك بكذا، يحق لها الرجوع عن الإيجاب قبل صدور القبول من الزوج، لأن المعاوضات يجوز فيها الرجوع عن الإيجاب قبل صدور القبول من الطرف الآخر.

ب- كون الخلع من جانب الزوجة معاوضة يجب أنْ تكون عالمةً بما يترتب عليها من التزامات وأهلًا للتبرع والقبول، وتكون راضية وغير مكرهة في إجراء عقد الخلع.

ج- لا يصح كون الإيجاب من الزوجة معلقًا على شرط، أو مضافًا إلى مستقبل؛ لأنه من جانبها معاوضة، والمعاوضة لا تقبل التعليق ولا الإضافة[١].

ثانيًا: المالكية

يرى المالكية أنّ الخلع هو طلاقٌ بعوض، ويُعدّ معاوضةً من الجانبين، ويترتب على ذلك الأحكام المترتبة على المعاوضات من موافقة الإيجاب، والقبول، وجواز الرجوع عن الإيجاب قبل القبول، والقبول يجب أنْ يكون في مجلس الإيجاب دون فاصل كلاميٍّ أو زمنيٍّ طويل[٢]، والخلع عندهم طلاق بائن[٣].

ثالثًا: الشافعية

اختلف الرأي في تكييف الخلع عند الشافعية عمّن سواهم لاختلافهم في أنّ الفرقة بالخلع طلاق أم فسخ؟ فإذا قلنا: فسخٌ فهو معاوضة محضة من الجانبين، ولا دخل للتعليق فيها، ويترتب عليها الأحكام المترتبة بشأن المعاوضات، وهي مطابقة الإيجاب والقبول، وأنْ لا يحدث بين القبول والإيجاب إعراض منهما، وللموجب حق الرجوع قبل قبولها، ويكون القبول في المجلس باللفظ أو ما يقوم مقامه من إشارة أو كتابة بالنسبة للذين لا يقدرون على النطق[٤].

أما إذا قيل عنه طلاق، فإنّ الأحكام تختلف في حالة كون الإيجاب من الزوج عمّا إذا كان من الزوجة. فإذا كان من الزوج، وكان الإيجاب منجزًا، كطلقتك على كذا، فتسري عليه أحكام المعاوضات،

---

(١) مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مرجع سابق، ص٣٣٧؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص١٢٧-١٢٨.

(٢) محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج٤، مصدر سابق، ص١٢.

(٣) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج٤، مصدر سابق، ص١١.

(٤) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، مصدر سابق، ص٤٤١؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص١٢٩.

كما عرفنا ذلك آنفًا[١]. أمّا إذا كان الإيجاب منه بصيغةِ تعليقٍ في الإثبات مثل: "إذا، إن" أعطيتني كذا، فإنه تعليق محض من جانبه، ولا نظر إلى شبهة المعاوضة، فيقع الطلاق عند تحقق صفة المعلق عليها، ولا يترتب عليه رجوع الايجاب قبل قبولها، ولا يتشرط في هذه صيغة القبول لفظًا لأن الصيغة لا تقتضيه بل يكفي تحقق الشرط فعلًا، ولا يشترط فعل المعلق عليها فورًا في المجلس الإيجاب[٢].

أمّا إذا كان الإيجاب من جانبها، سواء كان تعليقًا أم تنجيزًا، فأجاب الزوج فورًا فهو معاوضة محضة من جانبها، فيجوز لها الرجوع قبل الجواب، لأن هذا حكم المعاوضات، ويشترط الجواب في المجلس فورًا تنجيزًا كان أم تعليقًا، ومطابقة الإيجاب والقبول[٣].

وإذا اشترط الرجل الرجوع في الخلع هل يحق له الرجعة؟ هناك ثلاثة آراء:

الرأي الأول: إذا وقع الطلاق رجعيًّا على الزوجة ردّ العوض، لأنّ المال والرجعة متنافيان، فيتساقطان، ويبقى الطلاق على أصله كونه رجعيًّا.

والرأي الثاني: لا يقع إذا كان بدلُ الخلعِ الإبراءَ من مهرها أو دينها، لأن الخلع لا سبيل لوقوعه، أي بصحة البراءة، وصحتها تستلزم البينونة في تنافي وقوعه رجعيًّا.

الرأي ثالث: يقع بائنًّا ويكون البدلُ مهرَ المثل، شريطة إذا أفسد العوض فهو لا يفسد الخلع[٤].

رابعًا: الحنابلة

اختلفت الرواية عند أحمد، ففي رواية أنّه فسخٌ وفي رواية أنّه طلقةٌ بائنةٌ، وقال: إذا كانت النيةُ لفظَ الطلاق، فهو طلاقٍ، ولكن إذا خلت من صريح الطلاق ونيته، هو فسخ[٥].

والخلعُ معاوضةٌ من الجانبَيْن ما لم يكن الإيجاب الصادر عن الزوج بصورة تعليق فإنه حينئذ يكون تعليقًا، وأحكام المعاوضة في الحالة هذه تسري عليها أحكام التراضي الإيجاب والقبول وتوافقهما. ويترتب عليه حق الزوجين في الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر. ويجب أنْ يكون القبول في مجلس

---

(١) مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مرجع سابق، ص٣٤٨.

(٢) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، مصدر سابق، ص٤٤١؛ أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، مصدر سابق، ص٣١٠.

(٣) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص١٢٩؛ أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، مصدر سابق، ص٣١٠.

(٤) مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مرجع سابق، ص٣٤٩.

(٥) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٢٨-٣٢٩.

الإيجاب أو مجلس العلم به، ويجب موافقة الإيجاب للقبول.

أما إذا كان في صورةِ تعليق، فيترتب على القول بصحة تعليق الخلع عدم جواز رجوع الزوج قبل قبول الزوجة، ولا يتقيّد القبول في المجلس، ويجب أنْ يتوافق الإيجاب بالقبول[١].

خامسًا: الجعفرية

ذهب الجعفرية إلى أنّ الخلعَ هو طلاقٌ بعوضٍ مقصودٍ لازمٍ لِجهة الزوج[٢]، ويُقصد بالخلعِ أنْ تفتديَ الزوجةُ نفسَها بما هو مقوم بالمال ليتم طلاقها، طالما كانت كارهةً لزوجها، ولا تطيق معاشرته. فإذا كانت الكراهية من الطرفين كان الخلع مباراة، وإذا كانت الكراهية من الزوجة فالطلاق خلع. أما إذا كانت الكراهية من الزوج فلا يسمّى ذلك خلعًا ولا مباراة، وإنّما يسمّى من جانبه طلاق[٣].

ولا يصح عند الجعفرية أنْ يرجع الزوجُ عن الإيجاب في الخلع والمباراة قبل قبول الزوجة، ولا يبطل قيامه في المجلس قبل قبولها، وكذلك يبطل الخلع والمباراة بقيامها عن المجلس وإعراضها عن القبول، وإذا بطل لا يترتب عليه شيء إلّا إذا كانت الصيغة مردفةً بالطلاق ولا يلزم البدل[٤].

وإذا تم الخلع فلا رجعة للزوج قبل رجوعها في البذل، وأما إذا كان الإيجاب من الزوجة ابتداءً، فيحق لها الرجوع عنه قبل صدور القبول من الزوج، وكذلك يحق لها الرجوع في البذل ما دامت في العدة، فإنْ رجعت يحق للزوج الرجوع إن شاء، مالم يكن هناك مانع من رجوعه، كزواجه من أختها أو من زوجة رابعة، أمّا إذا انقضت عدّتها، أو لم يكن لها عدة، كغير المدخول بها، والصغيرة، فلا رجوع لها مطلقًا فلو رجعت صار الطلاق رجعيًا يترتب عليه أحكامه[٥].

في ضوء ما تقدّم، نرى أن قسم من الفقهاء اعتبروا الخلع طلاقٌ بائنًا، وهم الحنفية ورواية للحنابلة وقول للشافعية، وقسم اعتبره فسخ وهو رواية للحنابلة وقول للشافعية، والقسم الآخير أعتبره طلاقٌ بائنًا يتحول إلى طلاق رجعي وهم فقهاء الجعفرية، ويُفهم من فقهاء القسم الآخير أنّ للزوجة حقَّ الرجوعِ

---

(١)عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج٢، مرجع سابق، ص٥٢٨.

(٢) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٦، مصدر سابق، ص٨٧.

(٣) عبد الحكم فوده، أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص٢٩٤.

(٤) عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٩٥.

(٥) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٦، مصدر سابق، ص١٠٤؛ جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام، ج٣، مصدر سابق، ص٦٢٠.

في البذل، فيصبح الخلع طلاقًا رجعيًا، وللزوجة الخيار بمراجعة الزوج إن شاءت ما دامت في فترة العدّة، ولا يحق للزوج الرجوع قبل رجوع الزوجة، والسبب المبرر لهذا الاجتهاد هو أنْ الزوجة هي التي دفعت العوض لغرض، وهو التخلص من زوجها، فإعطاء الحق للزوج بالرجوع لها هو تفويت لغرضها المشروع في الخلع، والرجعة قد شرعها الله في الطلاق ليجرب الزوج نفسَه في ما أقدم عليه، فقد يندم على أفعاله وتصرفاته، فيكون له الحق في مراجعة زوجته في العدة، أمّا الخلع فقد تم برضا الزوجة، لا بإرادة الزوج، فإنّ المراجعة التي تكون بيد الزوجة فيها عدم تفويت فرصة الزوجة، وفيه أيضًا معنى جميل، وهو مساواة المرأة مع الرجل، فالرجل يطلق ويراجع، والزوجة تخالع وتراجع مع فارق بسيط[1].

الفرع الخامس: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

نظّم قانون الأحوال الشخصية العراقي أحكام الخلع في المادة (٤٦) تحت عنوان التفريق الاختياري، إذ نصَّت هذه المادة على:

١- الخلعُ إزالةُ قيدِ الزواج بلفظِ الخلع، أو ما في معناه، وينعقد بإيجابٍ وقبولٍ أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون.

٢- يشترط لصحة الخلع أنْ يكون الزوج أهلًا لإيقاع الطلاق، وأنْ تكون الزوجة محلًا له، ويقع بالخلع طلاقٌ بائنٌ.

٣ – للزوج أنْ يخالِع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها.

وفي تفسير نصّ المادة أعلاه، نلاحظ أنها تحتوي على ثلاث فقرات: **فقرة الأولى** عرّف المشرّع العراقي الخلعَ، فقال إنّه إزالةُ قيدِ الزواجِ بلفظ الخلع أو ما في معناه، وينعقد بإيجابٍ وقبول أمام القاضي، أي أنّه عقدٌ ثنائيُّ الطرف، يبرمه الزوجان شفاهة أمام القاضي، إلّا أنّه لم يعدّ ذلك شرطًا لصحته بنصه: وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي؛ إذ يمكن إجراء المخالعة خارج المحكمة عن طريق عقدٍ اتفاقيٍّ أمام عالِم دين، فتقام به دعوى تصديق الطلاق الخلعي، ويتم تثبيته في المحكمة إذا كان مستوفيًا لشروط صحته.

وأشارت الفقرة إلى مراعاة أحكام المادة (٣٩) من القانون التي نصَّت على:

أ- على مُنْ أراد الطلاق أنْ يُقيم الدعوى في محكمة الأحوال الشخصية بطلبِ إيقاعه،

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج٢، مرجع سابق، ص٦٠٤.

واستحصال حكمٍ به، فإذا تعذّر عليه مراجعة المحكمة، وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة.

ب- تبقى حجة الزواج معتبرة إلى حين إبطالها من المحكمة.

ج- إذا طلّق الزوجُ زوجتهَ، وتبين للمحكمة أنّ الزوج متعسّفٌ في طلاقها، وأّن الزوجة أصابها ضررٌ من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويضٍ يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه؛ يُقدّر جملةً على أنْ لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى.

أما التكيف الفقهي للخلع، فإن المشرع عدّه معاوضةً من جانب الزوجة ويمينًا من جانب الزوج[١].

أما **الفقرة الثانية:** فقد بحثت الشروط الواجب توفرها في الخلع، وهي:

أ- أهلية الزوج: لقد سار المشرّع العراقي في قانون الأحوال الشخصية مسار فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن شروط الخلع، لذلك يُشترط في الزوج المُخالع أن يكون أهلًا لإيقاع الطلاق – لو صدر منه- ولذلك ينبغي أنْ يكون الرجل بالغًا عاقلًا فلا يصحّ خلعُ المجنون والسكران والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز لغضب أو مصيبة مفاجئة[٢].

أما الشخص المريض مرضَ الموت؛ فإن خلعه لا يصح قانونًا، على عكس ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، كما لا يصح طلاقهُ أيضًا، ولذلك فإنّ الزوجة ترث زوجَها المُخالع إذا مات بمرض موته الذي خالعها فيه[٣].

ب- كون الزوجة محلًا للخلع: يشترط في الزوجة أنْ تكون محلًا للخلع، أي عاقلة بالغة رشيدة، عالمة بما تقول، مختارة غير مكرهة، فلو كانت مجنونةً لا يصح الخلع، سواء كانت صغيرة أو جاهلة بما تقول؛ وذلك لأن المرأة تلتزم بدفع العوض في الخلع، وهذا يتطلب منها أنْ تكون بالغة عالمة بمعنى الخلع، وسن البلوغ المحدد قانونًا للرجل والمرأة هو تمام الثامنة عشرة[٤].

---

(١) ضياء كاظم الكناني، انحلال الرابطة الزوجية في التشريع العراقي، مرجع سابق، ص١٣٣.

(٢) وهذا ما نصَّت عليه المادة (٣٥) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية والتي نصَّت على: "السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض".

(٣) وهذا ما نصَّت عليه المادة (٣٥) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية والتي نصَّت على: "المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته".

(٤) المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ إذ نصَّت على أنه: "سن الرشد هي ثماني عشر =

بعد أن عرفنا شروط الزوجة المختلعة، نصل إلى طرح سؤال في غاية الأهمية وهو: هل يصح خلع الزوجة إذا كان دون سن الثامنة عشر من العمر؟

للإجابة نقول: ذكرنا أنّ سنّ الأهلية المحدد في قانون الأحوال الشخصية العراقي هو تمام الثامنة عشرة من العمر، لكن هناك أهلية ناقصة حددّها المشرّع العراقي للزوج، وذلك بإكمال الخامسة عشرة من العمر، وكذلك بلوغ الخامسة عشرة من العمر في حالات الضرورة القصوى، وهذا ما نصَّت عليه المادة (٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩[١].

يتبين مما تقدّم أنّ مخالعة الزوجين دون سن الثامنة عشرة من العمر تكون صحيحة، وقد أكّدت ذلك الفقرة (١) من المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠، إذ نصَّت هذه المادة على: "الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد، وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية". يتضح من هذا النص أنه إذا كان يصح زواج دون سن الثامنة عشرة بإذن المحكمة صحيحًا فإن الزوجين يعدّان كاملي الأهلية، وبالتالي تصح وقوع المخالعة، وقد أكّدت محكمة التمييز في قرار صادر عنها على أنّ: "للزوجة الحق بمخالعة زوجها، والتنازل عن جميع حقوقها الشرعية والقانونية وجميع نفقاتها، إذا تجاوزت السادسة عشرة من عمرها لأنها تعتبر كاملة الأهلية"[٢].

أما صيغة الخلع، فكما عرفنا من فقهاء الشريعة الإسلامية، أن الخلع يتم بصيغة معينه، كذلك يتم في قانون بصيغة معينة، وهذا واضح من التعريف الذي نصّ على أنّ الخلعَ إزالةُ قيدِ الزواجِ بلفظِ الخلع أو ما في معناه؛ ولأن الخلع يُعدّ صورةً من صُوِرِ التفريق الاختياري بين الزوجين، فإنّه يقع بإرادة الزوجين واختيارهما، ولذلك يجب أنْ يتم بإيجاب من أحد الزوجين، وقبول الطرف الآخر، أي يجب أنْ يتم بتراضي

سنة كاملة"، وأهلية الخلع في القانون العراقي نفسها أهلية الزوج وحددت الأهلية أيضًا بثماني عشرة سنة كاملة؛ ينظر في هذا الصدد: المادة (٧) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي والتي نصَّت على: "يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشر".

(١) نصت هذه المادة على: "١ – إذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج . ٢– للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر اذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية".

(٢) قرار محكمة التمييز المرقَّم ١١٧٧/ شخصية/ من دون سنة؛ ينظر: جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العلمية، مطبعة الجاحظ، بغداد، ٢٠٠٦م، ص١٦٣.

الطرفين. ويقع الخلع في القانون العراقي بلفظ الخلع أو أي لفظ آخر يعطي نفس المعنى، بحيث يدلّ على انصراف نية الزوجين لإيقاع الخلع، ويفرق القضاء العراقي بين صيغ الطلاق والخلع؛ فإذا تم الخلع قبل الدخول أو بعده، يُشترط ذكرُ الدخول من عدمه في صيغة الخلع من قبل المرأة، وبإمكاننا أنْ نطرح نموذجًا لصيغة المخالعة في القانون العراقي: "تبدأ الزوجة مخاطبة زَوجِها قائلة: خالعتُك يا زوجي الداخل بي شرعًا فلان بن فلان لقاء بذلي معجل مهري البالغ كذا دينار، ونفقة العدة وأبرأت ذمتك منها فيجيب الزوج: قبلت الخلع منك يا زوجتي فلانةَ لقاء البذل المذكور وأنت طالق على ما بذلت".

أما صيغة الخلع قبل الدخول تكون كالآتي: "تقول الزوجة خالعتُكَ يا زوجي غير الداخل بي شرعًا فلان بن فلان لقاء بذلي المقدم والمؤخر البالغ كذا دينار، ويجيب الزوج: قبلت منك هذا الخلع يا فلانة بنت فلان، وأبرأتُ ذمتَكِ من مهركِ المقدم والمؤخر البالغ كذا دينار، وأنت طالق على ما بذلت"[١].

الفقرة الثالثة: إذ بحثت مسألة البدل أو العوض:

نصَّت هذه المادة على أنّ للزوج أنْ يخالِعَ زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها، ولذلك فالمشرّع يجيز أنْ يكون العوض أو القابل في الخلع أكثر أو أقل من المهر. وهذا ما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية والذي جاء فيه: "إذا كانت المطلقة خلعيًّا قد تعهدت بالإنفاق على ابنتها من المطلق لقاء تطليقها، وتم الطلاق الخلعي على ذلك فإنه ملزم للمخالعة، ويجب الحكم بإسقاط نفقة الصغيرة المحكوم بها اعتبارًا من تاريخ وقوع الطلاق"[٢].

(١) جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية، مرجع سابق، ص١٦٢.
(٢) قرار محكمة التمييز ٣٠/ش/١٩٧٥ في ١٩/٥/ ١٩٧٥؛ ينظر: عباس زياد السعدي، الطلاق أحكامة وآثاره في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ١٢٣.

المبحث الثاني

حق المرأة حل الرابطة الزوجية عن طريق الفسخ

سبق وأنْ بيَنا أنَ طرق حل الرابطة الزوجية هي إمّا عن طريق الطلاق، أو عن طريق الفسخ؛ وقد بيّنا معنى الطلاق، وبيّنا الوسائل التي تسمح للمرأة حل الرابطة الزوجية عن الطريق الطلاق، وعرفنا معنى الفسخ والفرق بينه وبين الطلاق وقلنا إن الفسخ هو نقض عقد الزواج، بسبب خلل وقع عند العقد أو بسبب خلل أصاب العقد بعد انعقاده، ولكنه خلل يمنع من بقاء العقد واستمراره.

وفسخ العقد إما أنْ يكون بسبب خللٍ وقع فيه وقت إنشاء العقد، مثل الفسخ لخيار البلوغ أو الإفاقة، أو أنْ يكون لعدم كفاءة الزوج، أو لعدم الوفاء بالشرط، أو لنقصان المهر عن مهر المثل، أو بسبب إكراه الزوجة على الزواج من دون رضاها، أو بسبب وجود عيب في الزوج وقد تكلمنا عن هذا الموضوع فلا حاجة لتكراره[1]. أو بسبب حصول طارئ يمنع بقاء النكاح، كردة الزوج أو إبائه دخول الإسلام بعد إسلام الزوجة، أو بسبب حصول حرمة المصاهرة. وقد يتوقف الفسخ على حكم القضاء بمعنى أنه ما لم يصدر حكم بالفسخ فالعقد باقٍ، وذلك في الحالات التي يبنى الفسخ فيها على أسباب تقديرية تكون موضع خفاء، كالفسخ لعدم كفاءة الزوج لأن الكفاءة لا تُعرف بالحس، وأسبابها مختلفة، أو بنقصان المهر عن مهر المثل، لأنه متوقف على تعيين المثل ومهر ومقارنة المسمى به، والفسخ لإباء الزوج الإسلام، لأنه قد لا يأبى أو بسبب أنّ الذي عرض عليه الإسلام لم يسلك الطريق الصحيح، فيحتاج إلى حنكة القاضي وحكمته، فيمنحه فرصة حتى يسلم فلا يفسخ العقد... وغيرها.

وقد لا يتوقف على حكم القضاء، بمعنى أنّه على الزوجين أنْ يفسخا من تلقاء نفسيهما، وذلك في الحالات التي يكون سبب الفسخ جليًّا، وليس موضع خفاء ولا تقدير، كالفسخ بسبب ردة الزوج عن الإسلام، أو بسبب فعل أحدهما بأصول الآخر أو فروعة ما يوجب حرمة المصاهرة[2].

والفسخ نوعان أحدهما: ينقض العقد من أصله، وثانيها: لا ينقض العقد من أصله. ولتوضيح ما ذكر، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأوَّل: الفسخ لتدارك أمر اقترن بإنشاء العقد.

المطلب الثاني: الفسخ لحصول عارض يمنع بقاء النكاح.

---

(١) سبق أن تكلمنا عن هذا الموضوع في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول تحت عنوان: "إصابه الزوج بعيب أو مرض يمنع مقاصد الزواج"، ص٤٨.

(٢) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص١٩-٢٠.

المطلب الأول: الفسخ لتدارك أمر اقترن بإنشاء العقد

ذكرنا إنّ الفسخ نوعان، أحدهما: ينقض العقد من أصله، والآخر لا ينقضه. والفسخ لتدارك أمر اقترن بإنشاء العقد يُعّد من النوع الذي ينقض العقد من أصله بسبب أمر يتصل بإنشاء العقد، ويقتضي عدم اللزوم هذا من أول الأمر، كما لو عقد الولي زواج الصغيرة، ثم تختار بعد البلوغ فسخ الزواج، وغيرها من الحالات التي سنذكرها تباعًا، وهذا النوع من الفسخ الذي ينقض العقد من أصله لا يوجب شيئًا من المهر إنْ لم يتأكد بأحد مؤكداته، سواء حصل بسبب من قِبل الزوج أو الزوجة، ذلك أنّ المهر هو حكمٌ من أحكام العقد، فيسقط إذا لم يجد ما يؤكده[1]. والجدير ذكره أنّ هذا النوع من الفسخ يحتاج في أغلب حالاته إلى قضاءِ القاضي، وذلك لأن كل موضع فيه كان محل نظر، ويختلف التقدير فيه بين الناس.

حتى نوضح كل ما تقدّم، سنتوجه بدراستنا إلى بيان ذكر الوسائل الشرعية التي يحق للمرأة من خلال حل الرابطة الزوجية عن طريق الفسخ لتدارك أمر اقترن بإنشاء العقد، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الفسخ بسبب عيوب الإرادة

من المعروف أن العقد شريعة المتعاقدين، وهذا الأمر مسلم به لا جدال فيه، وأنّ من شروط صحة العقد هو الرضا من الطرفين المتعاقدين، وهذا المبدأ لا يقتصر على عقد البيع فقط، بل يشمل كل العقود، ومنها عقد الزواج، وترد عليه استثناءات التي تقييد القوة الملزمة لهذا العقد، بحيث يمنح القانون الحق لأحد اطراف الزواج إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة منفردة، وهو ما نقصده بفسخ الرابطة الزوجية إذا توافرت أسباب التي تبيح ذلك شرعًا وقانونًا. سنتناول في هذا الفرع فُرقتيّن من فُرق الفسخ تبيح للزوجة حل الرابطة الزوجية وهي الفسخ لخيار البلوغ والإفاقة، والفسخ لإكراه الزوجة على الزواج.

أوّلًا: الفسخ بخيار البلوغ والإفاقة

يحتاج المقبلون على الزواج من صغار السن إلى حماية خاصة لمنع استغلالهم، ولدفع الضرر عنهم، خصوصًا أن الفتاة الصغيرة قد لا تكون قادرةً على إدراك وجهِ المصلحة، فقد لا تُحسن اختيار زوجها لشدّة تأثرها وانقيادها لحكم العاطفة، فإذا حصل ذلك وزوّج الوليُّ الشرعيُّ الصغير أو الصغيرة، وما

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٠م، ص٢٧٨.

يُلحق بهما "مجنون أو مجنونة"، فهل ينعقد هذا الزواج صحيحًا لازمًا على وجه لا يكون فيه خيار للصغير ولا الصغيرة عند بلوغهما، أو عند إفاقة المجنون والمجنونة، أو يكون لهما خيار البلوغ أو الإفاقة؟ هذا ما سنبينه في هذا الموضع، متناولين آراء الفقهاء في هذا المجال، علمًا بأن موضوع الدراسة الذي نبحثه هنا هو: هل يحقّ لها حل الرابطة الزوجية أو الرضا بالزواج وإبقاء الرابطة الزوجية؟

١- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الفسخ بخيار البلوغ والإفاقة

أ- الحنفية

إذا وَلِيَ الأبُ أو الجدُّ عقدَ زواج الصغيرة، وما يلحق بها كالمجنونة، ولم يُعرّفْ منه سوء الاختيار، فعَقْدُ الزواج في ولايته صحيح نافذ لازم، حتى لو كان بأقل من مهر المثل، أو كان الزوج غير كفء، ويعلّل ذلك أن الأب أو الجد أقرب إليهما، وأعرف بمصلحتهما، وهذا رأي أبي حنيفة[١]. وإذا عرف منه سوء الاختيار وزوجها بغير كفء أو بمهر أقل من مهر المثل، فالزواج غير صحيح ويكون لها حق الفسخ وكذلك إذا وليّ الأب والجد والابن وابن الابن جاز الفسخ[٢].

أمّا أبو يوسف ومحمد بن حسن الشيباني، فالعقدُ عندهم غيرُ لازمٍ إذا كان الزوج غير كفءٍ، أو المهر أقل من المثل، لأن الولاية مقيّدة بشرط النظر لمصلحة المولّى عليه، فإنْ فات الشرطُ، فات كون العقد لازمًا[٣].

ب- المالكية

قالوا: عن لأب المجنونة جبرها، لعدم تمييزها إلّا إذا كنت تفيق من جنونها أحيانًا، فإنها تنتظر إفاقتها لتستأذن ولا تجبر، أمّا الصغيرة، فللأب جَبْرهُا على كل حال، مجنونة كانت أو عاقلة[٤].

وقالوا: خمسة يلزمهم النكاح إذا عَقَدَ عليهم غيرُهم، سخطوا أو رضوا، منهم: الطفل الصغير، والبكر يزوجها أبوها، وعلى هذا، فالصغيرة ليس لها خيار البلوغ إذا زوّجها أبوها، وكذلك لا خيار للمجنونة إذا زوّجها أبوها، وأفاقت بعد ذلك[٥].

---

(١) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، مصدر سابق، ص٦٥-٦٦.
(٢) عبد الوهاب الخلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص٦٣.
(٣) محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص١٠٥.
(٤) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج٣، مصدر سابق، ص٢١٥.
(٥) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص٥٠٨.

ج- الشافعية

قالوا: تثبت للأب، ثم للجد أبي الأب، ولاية تزويج البنت البكر صغيرة كانت أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة، وله أنْ يزوجها بغير إذنها ورضاها؛ لأنه أحرص وأشفق عليها، وأدرى بمصلحتها، ولعدم خبرتها في الأمور الزوجية، ويشترط أيضًا أنْ لا يكون بين الأب أو الجدّ عداوة ظاهرة، وأنْ يزوجها من كفء، وبمهر مثلها، وأنْ لا يكون الزوج معسرًا بالمهر(١). ولا خيار للصغيرة إذا زوجها أبوها أو جدها- عند عدم وجود الأب- عند البلوغ(٢)، وأيضًا المجنونة إذا أفاقت بعد تزويجها فلا خيار لها(٣).

د- الحنابلة

قالوا: للأب وحده تزويج ابنته الصغيرة أو المجنونة، حتى لو كانت المجنونة بالغة، وليس لهما- أي الصغيرة والمجنونة- الخيار حتى إذا بلغتا وعقلتا(٤)، إذ لا يحق التفريق بين الزوجين بخيار البلوغ والإفاقة

هـ- الجعفرية

قالوا: لا ولاية لغير الأب والجدّ له وإنْ علا، ووصيه أو الحاكم، وهي ثابتة على الصغيرة والمجنونة والبالغة السفيهة(٥). وتثبت أيضًا الولايةُ على الصغيرة، وإنْ ذهبت بكارتها بوطء أو غيره، ولا خيار لها ولا للمجنونة بعد البلوغ أو الإفاقة(٦).

إلاَّ أنَّ هناك رأي آخر، قالوا: إذا كان الزوج غير كفءٍ لها أو غير سالم من العيوب فلها الخيار بعد البلوغ في إجازة النكاح وفسخهِ، والمجنونة إذا زوجها أبوها الذي هو وليها بغبن فاحش في المهر أو بغير كفءٍ فلها الخيار في فسخ النكاح بعد إفاقتها(٧).

---

(١) محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص٦٥؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، مصدر سابق، ص٢٤٦.

(٢) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص٥٠٨.

(٣) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، مصدر سابق، ص٢٧٩.

(٤) ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٤٢-٤٣.

(٥) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص١١٦.

(٦) جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، مصدر سابق، ص٥٠٢؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص٥٠٨.

(٧) عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٢١؛ علي السيستاني، المسائل المنتخبة، مصدر سابق، ص٣٦٢، مسألة رقم٩٨٠.

٢- موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي من الفسخ بخيار البلوغ والإفاقة

سعى المشرّع لإتمام عقد الزواج في المحكمة المختصة، وفرض على مَنْ يخالف ذلك عقوباتٍ جزائية، لأن ذلك يتصل بولاية القضاء، ولِما له من رقابة تتصل بحفظ الحقوق.

لذلك، كثيرًا ما يحدث من مخالفات في عقود الزواج، التي تجري خارج المحكمة، فتجعل من الإيجاب أو القبول في عقد الزواج لا يعبر عن إرادةِ مَنْ صدر عنه، فقد يكون أحدُ طرفي العقد أو كلاهما لم يبلغا سن الرشد، أو يكون أحد طرفي العقد أو كلاهما مجنونَيْن أثناء انعقاد العقد؛ فإذا كانت الزوجة هي الطرف المتضرر، فهل يحق لها اللجوء إلى القضاء لرفع الضرر عنها، وطلب الفرقة بسبب هذا الارتباط.

للإجابة عن هذا السؤال، نقول إنّ لمشرّع لم يعالج هذه المسألة معالجة شاملة، بل تركها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وقد ذكر المشرّع العراقي الآلية التي يتم زواج من هو منعدمُ الأهليةِ أو ناقصُها، لأجله سنتناول هذا الموضوع على النحو الآتي:

أ- خيار البلوغ

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل لبيان تحديد الأولياء على النفس اكتفاءً بما ورد في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، إذ نصَّت المادة (١٠٢) من هذا القانون على أن: "وليَّ الصغير هو أبوه، ثم وصي أبيه ثم جدّه الصحيح ثم وصيّ الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة"؛ فجعل المشرّع العراقي صاحب الحق بالولاية هو الأب ثم وصيّه ثم الجد ثم وصيه ثم المحكمة أو الوصي الذي تعينه المحكمة .

ثم صدر في العراق قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ الخاص بشأن رعاية الصغار ومَنْ في حكمهم، وتنظيم شؤونهم وقد حدّدت المادة (٢٧) منه الأولياء فنصت على أن: "وليّ الصغير هو أبوه ثم المحكمة".

أما في ما يخص أهلية الزوج، وآلية طلب الزواج من المحكمة فقد نصّ قانون الأحوال الشخصية في المادة (٧) الفقرة (١) على أنه: "يُشترط في تمام أهلية الزواج العقلُ وإكمالُ الثامنة عشرة"؛ يتبين لنا من هذه المادة أنه يُشترط في أهلية الزوج هي العقلُ وإكمال الثامنة عشرة من العمر، وهذان الشرطان قانونيّان للأهلية لا شرعيّان، بمعنى أنّ كلّ مَنْ خالف هذَيْنِ الشرطيَنْ لا يكون آثمًا شرعًا، وإنما يكون

مخالفًا للقانون، وبإمكان أي رجل أو امرأة بلغا هذه السن، التقدم إلى المحكمة المختصة لعقد زواجهما[١].

وقد خففت المادة (٨) الفقرة (٢) من نفس القانون من ذلك فنصت على أنْ: "للقاضي أن يأذن بزواج مَنْ بلغ الخامسة عشرة من العمر، إذا وجد ضرورةً قصوى تدعو إلى ذلك، ويُشترط لإعطاء الإذن تحققُ البلوغ الشرعيّ والقابلية البدنية".

يظهر لنا من خلال هذا النص أنّ القانون مَنَحَ استثناءً للقاضي بأنْ يأذن بتزويج مَنْ بلغ الخامسة عشرة، ولكن اشترط شرطيَنْ، هما: أوّلهما: هو موافقةُ الوليّ، وثانيها: هو تحقيقُ البلوغ الشرعي والقابلية البدنية؛ فإن امتنع الوليّ، أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار، أذن القاضي بالزواج دون موافقة الوليّ إن وجدت ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك، فإذا تم العقدُ فلا إشكال في صحته، لكن المشكلة تبقى عندما يتمّ العقد خارج المحكمة، ويتم الدخول قبل البلوغ القانوني دون موافقة القاضي.

إنّ عقد الزواج هنا من الناحيتين الشرعية والقانونية منتجًا لآثاره إذا استكمل شروطه الشرعية؛ لأن تسجيل عقد الزواج في المحكمة المختصة هو لأمور تنظيمية، ولحفظ حقوق الزوجين، وأقصى ما يملكه القاضي هو معاقبة الرجل الذي عقد زواجه خارج المحكمة بالحبس أو الغرامة[٢].

لكن القانون لم يُهمل صغارَ السن، وإنما منحهم حمايةً خاصّة تستمر إلى سن البلوغ، فلو وجدت الزوجةُ أنها تسرّعت، أو كان قد غُرّر بها، أو لم تكن وقت العقد مقدرةً أهمية ما أقدمت عليه، فلها التقدم إلى القضاء لإنهاء تلك الرابطة، التي لم يكن بوسعها إبعادها عندما أقدمت عليها، ويطلق القانون على هذه الحالة خيار البلوغ، وقد نصَّت عليها المادة (٤٠) الفقرة (٣) التي جاء فيها: "إذا كان عقد الزواج قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي"[٣].

يلاحظ أنّ طلب التفريق هنا جوازي، إذ يحق للزوجة طلب حلّ الرابطة الزوجية، إذا كان عَقْدُ الزواج خارج المحكمة، وقد تم قبل إكمالها الثامنة عشرة من العمر، وعلى الزوجة أنْ تطالب بالفرقة فور بلوغها الثامنة عشر؛ لأن هذا الحق لا يستمر طويلًا، فإذا بلغت الزوجة واستمرت المعاشرة، وسكتت،

---

(١) أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، ج١، مرجع سابق ص٤٩.

(٢) هذا ما نصَّت عليه المادة (١٠) الفقرة (٥) من قانون الأحوال الشخصية: "- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار كلُّ رجل عقد زواج خارج المحكمة، وتكون العقوبةُ الحبسَ مدةً لا تقل عن ثلاث سنوات، ولا تزيد عن خمس سنوات، إذا عقد خارج المحكمة زواجًا آخر مع قيام الزوجية ".

(٣) اعتبر قانون الأحوال الشخصية هذه المادة طلاقًا بائنًا وليس فسخًا حسب نص المادة (٤٥) منه، التي نصَّت على: "يُعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد الأربعين ...طلاقا بائنا بينونة صغرى".

فهذا يعني اختيارًا لدوام الزواج، فإن اختارت الفسخ، فعليها أنْ تقول فور بلوغها مثلًا: "فسخت زواجي"[١]. وهذا ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية: "إنّ دعوى طلب فسخ عقد الزواج لبلوغ الرشد، يجب أنْ تُقام خلال سنة من تاريخ بلوغ الزوجة لسن الرشد، فإذا أُقيمت الدعوى بعد مضي المدة المذكورة، فإنّه يقتضي على المحكمة الحكم برد الدعوى"[٢].

ب- خيار الإفاقة

اشترط المشرّع العراقي في المادة(٧) الفقرة (١) أهليةَ الزواج، وهي العقل وإكمال الثامنة عشرة، إلّا أنه ذكر في الفقرة (٢) من المادة نفسها أنّ: "للقاضي أنْ يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقليًا إذا ثبت بتقرير طبي أن زواجه لا يضر بالمجتمع، وأنه في مصلحته الشخصية، إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولًا صريحًا". فالمشرّع ذكر زواج المريض عقليًا سواء، كان مجنونًا أو مصابًا بمرض عقليٍّ آخر.

أجاز المشرع العراقي في هذه الفقرة زواج من انعدمت أهليته بمرض عقليٍّ، سواء كان مجنونًا أو معتوهًا أو غيره، وحصر المشرّع حصول الإذن بالزواج في القاضي فقط؛ وذلك لأن القاضي هو مَنْ يُقدِّر الأمور، ولكن عند توفر عدة شروط، هي:

١- أنْ يثبت بتقرير طبي أنْ زواجه لا يضر بالمجتمع، ويجب أنْ يصدر التقريرُ من جهة رسمية مختصة خشيةً من العامل الوراثي، الذي يختلف باختلاف نوع المرض العقلي.

٢- أنْ يكون الزواج في مصلحة المصاب عقليًّا.

٣- أنْ يكون الطرفُ الآخر على علم بحالة المصاب، وتكون موافقته على الزواج صريحة[٣].

وبالرجوع إلى قرارات القضاء العراقي نجدّ أنّه رجع في هذه المسألة إلى أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لقانون الأحوال الشخصية، ففي أحدى قراراته، نجد أنه أخذ بالمذهب الحنفي، إذ جاء بالقرار محكمة التمييز: "فاعتبر إنْ كان الولّي الأب أو الجد أو الابن أو ابن الابن وكان حسن الاختيار فلا يجوز الفسخ؛ وإنْ كان سيء الاختيار، جاز الفسخ، وإنْ كان غير إلاّ أو الجد أو ابن الابن كالأقارب

---

(١) عبد القادر إبراهيم علي وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، ج٢، مرجع سابق، ص١٨٦.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقَّم ٥٣٥/شخصية أولى/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٩؛ ينظر: فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٦٩.

(٣) أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، ج١، مرجع سابق ص٥٠.

جاز الفسخ أيضًا[١]. وفي قرار آخر نرى أنّه أخذ بالمذهب الجعفري، إذ جاء بالقرار: "حيث اعتبر شرط الفسخ هو تحقيق مصلحة المولى عليه، فإنْ لم تتحقَّق هذه المصلحة كان العقد باطلًا"[٢]

ثانيًا: الفسخ لإكراه الزوجة على الزواج

نظم الإسلام طريقة التعامل مع الآخرين، والحفاظ على النفس والمال من التدخل والاعتداء عليهما، قال تعالى في محكم التنزيل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[٣]، فهذه الآية تؤسس لمبدأ مهمٍّ، ألا وهو مبدأ الرضائية في العقود المالية، وهذه العقود مهما بلغت أهميتها، فإنها لا ترتقي إلى أهمية عقد الزواج، وقد وصف الله سبحانه وتعالى هذا العقد بالميثاق الغليظ: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾[٤]، وليس هناك أبلغ من هذا التعبير القرآني العظيم في وصف العلاقة الزوجية بكونها الميثاق الغليظ، وبما تعنيه هذه الكلمة من بلاغة، وقوة، والتأكيد الشديد على أهمية الحفاظ عليه والوفاء به، وهذا الميثاق الغليظ الذي يربط بين الرجل والمرأة جسديًّا ونفسيًّا واجتماعيًّا على وجه التأبيد، وبه تنشأ الأسرة ويُنجب الأولاد ويبنى المجتمع، ولا يمكن أنْ يبنى هذا المجتمع تحت تأثير إكراه أي منهما، فإنْ بُنِيَ كان مصيره الانحلال، وإنْ بقي فإنه لا يزيد الزوجين إلا نفورًا وشقاقًا، مما ينعكس سلبًا على الأسرة بوجه خاص وعلى المجتمع بوجه عام[٥].

ولما كان للإكراه دورٌ سلبيٌّ على إرادة الزوجة، سنتناول في هذه الفقرة مسألة إكراه المرأة على الزواج، وهل يُبطِل الإكراه عقدَ الزواج، أو أنّ له تأثيرًا على صحته، وهل هناك توافق بين قانون الأحوال الشخصية العراقي باعتبار مصدره الأساسي هو الشريعة الإسلامية أم لا؟

١- معنى الإكراه

الإكراه في اللغة: يُقال قام على كُرهٍ، أي على مشقة، وأقامه فلان على كُره، أي أكرهه على

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٣٧٨٧/ شرعية/ ١٩٧٠ في ١٩٧٠/٢/٢٣؛ ينظر: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم الأحوال الشخصية، مطبعة أسعد، بغداد، ١٩٨٩م، ص١٥١.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ١٩٠٤،/شرعية/ ١٩٧٦ في ١٩٧٦/٧/٢٢، المرجع نفسه، ص٥٦.

(٣) سورة النساء، الآية ٢٩.

(٤) سورة النساء، الآية ٢١.

(٥) طه صالح خلف حميد الجبوري، الإكراه على الزواج، مجلة الرافدين للحقوق مجلة فصلية تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد(١٥)، العدد(٥٣)، ٢٠١٢م، ص١٦٠-١٦١.

القيام، وأيضًا أكرهه على كذا، حمله عليه كرهًا[١]. وأيضًا: استخدام الضَّغط أو القوَّة استخدامًا غير مشروع أو غير مطابق للفقه أو للقانون من شأنه التَّأثير على إرادة فرد ما[٢].

أما في الاصطلاح: فالإكراه له عدة تعريفات، منها:

عّرفه المذهب الحنفي بأنَّه: "اسمٌ لفعل يفعله المرء بغيرِه، فينتفي به رضاه، أو يفسد به اختياره[٣]؛ وعرفه المذهب الجعفري بأنَّه: "إلزام الغير فعلًا لا يرى فيه خيرًا فيحمله عليه"[٤].

٢- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

اختلفت مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم زواج المُكرَه، فمنهم من قال: إنه عقد صحيح، ومنهم من قال: أنه عقد باطل، ونبين أقوال الفقهاء، كما يأتي:

أ- القائلون بأنَّه عقد صحيح لازم: وهو موقف الحنفية، إذ ذهبوا إلى القول بأن التصرفات الشرعية نوعان: إنشاء وإقرار؛ والإنشاء نوعان: نوع لا يحتمل الفسخ، ونوع يحتمل الفسخ؛ أما النكاح والطلاق والرجعة فهي من النوع الذي لا يحتمل الفسخ[٥].

ب- القائلون ببطلان زواج الإكراه، وهو موقف جمهور الفقهاء من المالكية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨]، والجعفرية[٩]. إذ قالوا إنّ الإكراه على النكاح يؤدي إلى فساد العقد، ويكون العقد غير لازم بعد زوال الإكراه، ولا يترتب عليه أي آثار شرعية .

قال المالكية: "لا يجوز على المُستكرهَ شيءٌ من الأشياء: لا عتق ولا طلاق ولا نكاح ولا بيع ولا شراء".

---

(١) زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص٢٦٩.

(٢) أحمد مختار عبد الحميد عمر، ج٢، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص١٩٢٥.

(٣) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٢٤، مصدر سابق، ص٣٨.

(٤) محمد بن محسن بن مرتضى الفيض الكاشاني، تفسير الصافي، ج١، ط٢، مكتبة الصدر، طهران، ١٤١٦هـ، ص٢٨٣.

(٥) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج١٠، مصدر سابق، ص١١٧؛ عبد الحسيب سند عطيه، الإكراه وأثره على إرادة المكره في الأفعال الجنائية والتصرفات الشرعية والعقود المالية في الفقه الإسلامي، مكتبة ومطبعة الغد للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠١م، ص٦٥-٦٦؛ أسامة ذيب سعد، أثر الإكراه في عقد النكاح، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، قسم الفقه والتشريع- جامعة النجاح، فلسطين، ٢٠٠٦م، ص٩٦.

(٦) مالك بن أنس الأصبحي المدني، المدونة، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م، ص٤٣٦.

(٧) أبو عبد الله محمد الشافعي، الأم، ج٣، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٠م، ص٢٤٠.

(٨) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج١٠، مصدر سابق، ص٢٩٦.

(٩) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، ج٥، مصدر سابق، ص٥١.

قال الشافعية: "فإذا خاف هذا سقط عنه حكم ما أُكره عليه من قول، ما كان القول شراءً، أو بيعًا أو إقرارًا لرجل بحق، أو حد، أو إقرار بنكاح، أو عتق، أو طلاق، أو إحداث واحد من هذا، وهو مكروه، فأي هذا أحدث وهو مكروه لم يلزمه".

قال الحنابلة: "ولا يصح عتق المُكرهَ، كما لا يصحُّ طلاقهُ، ولا بيعه ولا شيء من تصرفاتهِ" فكلمة "ولا شيء من تصرفاته" تشمل عقد النكاح".

قال الجعفرية: "إذا أُكرهِ الرجل على الطلاق فنطق به، يقصد به دفع الإكراه عن نفسه، لم يقع عندنا، وكذلك الإعتاق وسائر العقود"؛ فقولهم: كلمة : سائر العقود" يدخل من ضمنها عقد الزواج".

ويمكن القول إنّ ما ذهب إليه القائلون ببطلان الزواج الذي قام عن طريق الإكراه، فيه من الرقي والإنصاف ما لم يصل إليه كثير من المجتمعات حتى الآن؛ وذلك حتى لا يرمي المفترون على الإسلام بأنَّه يقيم العلاقات الزوجية بالقسر والقوة والقهر، ويحرم حق المرأة في الرضا والاختيار، بل جعل رضا المرأة شرطًا في صحة الزواج، ومنع الآباء إجبار بناتهم على الزواج بمَنْ لا ترغب فيه، بل أوجب الإسلام أنْ يُسهم الوليّ في اختيار المرأة الزوج المناسب، إذ يمكن أنْ يكون اختيار الزوجة نتيجة حالة عاطفية دون أنْ تعرف سلوك الزوج الذي تريد الاقتران به، خصوصًا في المجتمعات المحافظة، فإنّ الفتاة ليست منفتحة على مجتمع الرجال لتعرف سلوك المتقدِّم لها للزواج وصلاحيته، وعليه يجب أنْ يسهم الأولياء مع المرأة في اختيار الزوج المناسب.

بالإضافة إلى ذلك. هناك رأي آخر أخذ به عدد من الفقهاء، إذ اعتبروا هذا العقد بأنَّه عقد موقوف، فللمكره على الزواج الخيار بين إجازة العقد أو فسخة، أي إن العقد متوقف على إجازة العاقد المكره، لأن العقد الصحيح اللازم لا يحتاج إلى إجازة، كما أن الباطل لا تلحقه الإجازة بل يفسخ دون الحاجة إلى تجديد العقد، ومن الأفضل تجديده لكن إذا كان الإكراه بدرجة ينتفي معها القصد، فأن العقد يبطل ولم تنفع فيه الإجازة[1]

٣- موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

نصت المادة (٩) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنّه: "لا يحق لأيٍّ من

---

(١) أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٤، مصدر سابق، ص٥٦؛ محمد حسين فضل الله، فقه الشريعة، ج٣، مصدر سابق، ص٤٥١؛ أبو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين، ج٢، مصدر سابق، ص٢٦٢؛ علي السيستاني، المسائل المنتخبة، مصدر سابق، ص٣٦٢، مسألة رقم٩٧٩؛ طه صالح خلف حميد الجبوري، الإكراه على الزواج، مرجع سابق، ص١٨٠-١٨١.

الأقارب أو الأغيار إكراه أيٍّ شخص ذكرًا كان أم أنثى، على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلًا إذا لم يتم الدخول ....."؛ وعليه نرى أن المشرّع العراقي عالج هذا الموضوع معالجة غريبة، إذ أنها لا تتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية والقانون، فكيف يمكن قبول أنْ يُكرِه رجلٌ امرأةٌ على الزواج، ثم يكرهها على الدخول، فنقول هذا العقد صحيح.

إن موقف المشرع العراقي في المادة(٩) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي ورد فيه أن الدخول بالمرأة مع الإكراه يجعل العقد صحيحًا؛ أما إذا لم يتم الدخول فإنّ المشرّع يعدّه باطلًا، وإنّ موقفه هذا قد انتقده كثيرٌ من كتّاب شرح قانون الأحوال الشخصية[١]، لأنهم اعتبروا من غير المعقول أنْ يكون الدخول بالمرأة بالإكراه يحوّل العقد من باطل إلى صحيح، وهذا مما يدفع كثيرًا من الناس إلى التعجيل في الدخول حتى يصبح العقد صحيحًا، ومن جانبنا نرى أن موقف المشرّع هذا يمكن تبريره بما يأتي:

أ- إنْ عقد الزواج يختلف عن بقية العقود، كعقود المعاوضات، لأنه في تلك العقود إذا أُبطل العقدُ، يمكن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد. أمّا عقد الزواج فإذا اعتبرناه باطلًا بالإكراه، فمن الصعب إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل الزواج، إذ أنّ بضع المرأة قد استوفي بالدخول، وقد ينشأ عن هذا العقد الأولاد، فإذا اعتبرنا العقد باطلًا فهذا العقد لا يترتب عليه أي أثر، كالنسب والنفقة والحضانة والميراث، وهذا يضر بحقوق الأولاد الذين لا ذنب لهم سواء أجرى العقد عن طريق الإكراه أم لا.

ب- إنّ المشرع العراقي في المادة (٤٠) الفقرة (٤) جعل الحق لكلٍّ من الزوجين في طلب التفريق عند توافر الأسباب الآتية: "إذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الإكراه وتم الدخول"؛ ويفهم من هذه المادة أنّ المشرّع أعطى المرأة الحق في طلب التفريق إذا أُجري العقد عن طريق الإكراه، ويكون المشرع العراقي بذلك قد واءم بين موقفه في المادة (٩) الفقرة (١) في جعله العقد صحيحًا اذا تم الدخول بالإكراه، وبين المادة (٤٠) الفقرة (٤)، إذ أعطى الحق في طلب التفريق في ما لو تمّ عن طريق الإكراه وتم الدخول.

ومن التطبيقات القضائية، قضت محكمة التمييز الاتحادية بنقض قرار محكمة الموضوع التي

---

(١) أحمد علي الخطيب وحمد عبيد الكبيسي ومحمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٤٥؛ أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، مرجع سابق، ص٥٣؛ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق، ص٣٢.

ردت دعوى المدعية بعد أنْ طلبت التفريق من زوجها، لكون زواجهما تمّ قبل إتمامها الثامنة عشر من العمر، وخارج المحكمة عن طريق الإكراه، وللضرر طلبت دعوته للمرافقة والحكم بالتفريق بينهما استنادًا إلى المادة(٤٠) الفقرتين (٤،٣) من قانون الأحوال الشخصية، إذ جاء في قرار محكمة التمييز: "إنّ المميزة المدعية طلبت التفريق وفق أحكام الفقرتين (٣) و(٤) من المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية المرقَّم (١١٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، وحيث أنّ حكم كل فقرة من الفقرتين المذكورتين تشكل سببًا للتفريق، لذلك فإنّ المقتضى على المحكمة تكليف وكيل المميزة بحصر دعوى موكلته بطلب التفريق بإحدى الفقرتين"[١].

الفرع الثاني: الفسخ بسبب غياب التوازن في عقد الزواج

قال تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٢] إيذانًا منه سبحانه وتعالى بقداسة وخطورة العقود والمساس بها ما شأنه أن يخلها، وذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين، فمن دخل بشيء وجب عليه أن يلتزم بأحكامه، ويخضع لما ألزم به نفسه من شروط وغيرها، فيما يتوافق مع الشرع، وهذا الشأن في جميع العقود، وأولاها عقد الزواج الذي يختص بقداسة أسمى من غيره فلئن كانت الأمانة والصدق مطلبًا في أي عقد فهي في النكاح أولى وأحرى وأوجب[٣].

بناء على ما تقدّم، قد تبرز لنا مشكلة تهدد توازن عقد الزواج وتجعله إلى عدم الاستقرار أقرب، إلّا وهي مشكلة نقصان المهر عن مهر المثل، وعدم الوفاء بالشرط، وعدم كفاءة الزوج، لتفصيل ما تقدّم، سوف نتناول تباعًا في هذا الفرع حق المرأة فسخ عقد النكاح بسبب غياب التوازن، وعلى النحو الآتي:

أوّلًا: الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل

المهر من أبرز الحقوق المالية للمرأة، فرضَه الله تعالى في النكاح للزوجة على الزوج تكريمًا لها، وإظهارًا لصدق رغبة الزواج منها، وحتى تُبرز المرأةُ مطلوبةً من قِبل الرجل لا طالبة له، ولا يخفى ما في ذلك من صونٍ لكرامتها، ورفعٍ لشأنها؛ ولم يُفرض المهرُ بدلًا عن البضع كالثمن في البيع، أو أجرة له،

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد٣٢٤٩/ شخصية أولى/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٧/٢٠؛ ينظر: رزاق جبار علوان، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية- قسم الأحوال الشخصية، ج١، مرجع سابق، ص٢٤١.

(٢) سورة المائدة، الآية ١.

(٣) رحمة محمود خالد عبد الله، أثر التغرير على عقد النكاح، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون- الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، ٢٠١١م، ص(ب).

إنما جعله الله بمثابة العطية والهدية التي يقدمها الزوج لزوجته حين العقد عليها، قال(ﷻ): ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾[١].

والمهرُ واجب شرعًا في كلّ عقد نكاح على الزوج لزوجته بمجرد عقد النكاح الصحيح، إلّا أن ذكر المهر في العقد ليس شرطًا لصحته لقولهﷻ: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[٢]، فرفع الله تعالى الجناح عن الطلاق في النكاح الذي لم يُسمّى فيه مهر، والطلاق لا يكون إلّا في نكاحٍ تمّ بعقد صحيح، وهذا دليل على جواز عقد النكاح وصحته من دون تسمية المهر[٣]، وحينها يتقرر تسمية مهر المثل.

ومهرُ المثل هو المال الذي يطلب في الزواج لمثل الزوجة عادة، وضابطه: ما يُرغب به في مثلها عادة؛ أمّا تقديره فيكون بالنظر إلى أقرباء المرأة من جهة النسب، ويُبدأ بأقرب مَنْ تنتسب إليه من جهة أبيها، ومن نساء عصبتها، لوقوع التفاخر بالأنساب[٤].

ونصت المادة (١٩) الفقرة (١) من قانون الأحوال االشخصية العراقي على: "تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد، فإن لم يسم أو نفي أصلًا فلها مهر المثلِ"

بناءً على ما تقدّم، تُطرح إشكالية دراستنا في حالة كون المرأة أُصيبت بغبن في مهرها، أي نقصانه عن مهر المثل على وجه لا يجري فيه تسامح بين الناس، فهل يكون هذا مبررًا لها لحل الرابطة الزوجية أم لا؟

١- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

أ- الحنفية

انقسمت آراء الحنفية في هذه المسألة إلى أقسام ثلاثة:

القسم الأول: ذهب أبو حنيفة إلى أنّه إذا زوّج الأب أو الجد، ولم يُعرف هؤلاء بسوء الاختيار، صحّ النكاح، ولزم ولو بغبن فاحش، أمّا إذا عُرف هؤلاء بسوء الاختيار، وكان المهر بغبنٍ فاحش، فإن النكاح في هذه الحالة لا يصح. أما صاحباه فقالوا: إذا زوّج الأب أو الجد، وكان المهر بغبن فاحش، فإن

---

(١) سورة النساء، الآية ٤.
(٢) سورة البقرة، الآية ٢٣٦.
(٣) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٧، مرجع سابق، ص٥٠.
(٤) محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص١٢٢.

النكاح باطل، والفرقة هنا فسخ لا طلاق[١].

القسم الثاني: أمّا إذا كان الوليُّ غيرَ الأبِ أو الجدِ، كما لو كان الأخ، ففي هذه الحالة يُنظر إذا كان الزواج بكفء، وبمهر المثل فيصّح النكاح ويلزم، أمّا إذا كان بغير كفء، أو بغبنٍ في المهر، لا يصح، والفرقة هنا أيضًا فسخ لا طلاق[٢].

القسم الثالث: إذا زوّجت العاقلة نفسها من كفء، ولكن بغبن فاحش في مهرها، فلوليّها الحق في الاعتراض. فإما أنْ يتم مهرَها أو أنْ يفارقها، هذا عند أبي حنيفة، أما صاحباه، فليس لوليّها الاعتراض، ولا تكون هذه الفرقة إلّا عند القاضي[٣].

ب- المالكية

للأب الرشيد ولايةُ إجبارٍ في تزويج ابنته البكر، ولو كانت كبيرة، وله الجبر ولو من دون مهر المثل[٤]، إذ لا يجوز فسخ النكاح هنا للغبن في المهر. بالإضافة إلى ذلك، للوصي الأب الجبر في ما للأب فيه جبر، ولكن بشرط أنْ يكون تزويجه لها إلا بمهر المثل أو أكثر وإلّا فلا جبر له[٥].

ج- الشافعية

للأب ثم للجد ولاية ثابتة في تزويج البنت البكر، صغيرة كانت أو مجنونة، واشترطوا أنْ يكون الزوج كفءًا وبمهر المثل، ومعنى ذلك عدم جواز تزويج الأب لابنته بأقل من مهر المثل، وإلّا جاز فسخ النكاح[٦].

أما الثيب الكبيرة، فلا يجوز للأب ولا لغيره أنْ يزوجها إلّا بإذنها وبموافقتها، فإذا وافقت على مهر أقل من مهر المثل، فالنكاح صحيح؛ لأنها رضيت وأذنت به فلا يجوز فسخ النكاح[٧].

---

(١) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص٤٩٦-٤٩٧.

(٢) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٨، مرجع سابق، ص٤٩٧.

(٣) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٥، مصدر سابق، ص١٠.

(٤) أبو بركات أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج٢، مصدر سابق، ص٣٥٣.

(٥) المرجع نفسه، ص٣٥٥.

(٦) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، مصدر سابق، ص٢٤٦.

(٧) المرجع نفسه، ص٢٤٧-٢٤٨.

د- الحنابلة

إذا كانت المرأة كبيرة أو صغيرة، عَقَدَ عليها أبوها، فأي مهر اتفقوا عليه فهو جائز؛ لأن المهر حقُّها وقد رضيت به، وإنْ كان أقل من مهر مثلها، فلا يجوز فسخ النكاح. أمّا إنْ زوّجها بغيرِ أنْ يستأذنها في مهرها، فزوّجها بأقل من مهر المثل بغبن فاحش، وجب لها مهرُ المثل؛ لأن الزوج هو المنتفع بهذا النكاح، بما ملك له من حق الاستمتاع بها، ويكون الوليّ ضامنًا لِما لزم الزوج من تكملة المهر[1].

هـ- الجعفرية

إذا كان الأب أو الجد معروفًا بسوء الاختيار والتصرف، وكان قد زوّج مَنْ في ولايته بمهر المثل، كان العقد لازمًا ونافذًا، وإنْ كان بأقل من مهر المثل، أي بغبن فاحش في المهر، كان العقد غير صحيح؛ لأن مصلحة المولى عليه في هذه الحالة غير متحققة لفساد الرأي وتحقق الضرر. فالعقد موقوف على إجازة المولى عليه، بعد تحقق أهليته، سواء كان بمهر المثل أم بغيره. أما إذا كان الولي غير الجد أو الأب كالأم مثلًا، وكان الزواج بغبن في المهر، فالعقد غير صحيح، لتحقق الضرر مع عدم الشفقة والحرص على مصلحة المولى عليه[2].

٢- موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

لم نجد في قانون الأحوال الشخصية العراقي نصًّا يسمح للمرأة حقّ طلبِ حلّ الرابطة الزوجية لنقصان المهر عن مهر المثل، ولم نجد نصًّا يجيز للوليّ التدخل في تحديد المهر، تاركًا هذه المسألة لأحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة (١) الفقرة (٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: "إذا لم يوجد نصٌّ تشريعيٌّ يمكن تطبيقه، فُيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون" وكذلك نصَّت الفقرة الثالثة على أنْ: "تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرّها القضاء، والفقه الإسلامي في العراق، وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية"

فعندما تُعرض على القاضي مسألةٌ تخصّ طلبَ الزوجة للفرقة لنقصان المهر عن مهر المثل،

---

(١) ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص١٣٨.

(٢) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص١٣٩؛ محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص١٠٥-١٠٦.

وخلا قانون الأحوال الشخصية من نصٍّ ملائم، فعليه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة (١) الفقرة (٢)، التي أحالت القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وعلى القاضي في مثل هذه الحالات عدم الجمود على مذهب معين، بل عليه أنْ يتخير بين المذاهب، ويوازن بين الاجتهادات، ويختار ما يراه محققًا للمصلحة، للوصول إلى حكم عادل يرضي الله(ﷻ) ويرضي الطرفين.

ثانيًا: فسخ العقد لعدم الوفاء بالشرط

جاءت أحكام الشريعة الإسلامية لمراعاة مصالح العباد في الحاضر والمستقبل، فالمستقرئ لهذه الأحكام يجد أنها جاءت مبنيّة على جلب المنافع، ودرء المفاسد على المكلفين.

ومن تلك الأحكام الشرعية العملية ما يتعلق بالعقود التي تبرم بين المسلمين، فقد أحاطت الشريعة الإسلامية إبرام العقود بضوابط ومعايير لا بُدّ من التزام المكلّفين بها، حتى يترتب على تلك العقود المصلحة المرجو تحقيقها بين المتعاقدين. فقد راعت هذه الأحكام أمرًا مهمًّا، وهو أنّ المكلف ينظر إلى تحقيق المصلحة الذاتية له من خلال إبرام العقد مع شخص آخر، فسمحت الشريعة الإسلامية للمسلم الحق في أنْ يشترط لنفسه من الشروط ما يضمن تحقيق مصلحة لنفسه، وهذا أمر لا تحرمه الشريعة، بل وضعت له أحكامًا وضوابط تنظمه، وأوجبت على المكلفين الالتزام بها.

ومن العقود المهمة في حياة المسلمين عقد الزواج، وهو كبقية العقود يمكن أن تشترط فيها الزوجة لنفسها شروطًا مادية ومعنوية مقترنة بعقد الزواج لتحقق لنفسها مصلحة ما. وبناءً على ما تقَّدم، يستدعي منّا الحال تعريف الشرط؟ وما حدود سلطان إرادة الزوجة في هذا المجال؟ أو إنّ إباحة الاشتراط هنا ليست على إطلاقها. ماذا لو أخل الزوج بشروطها المقترنة بالعقد، هل يحق لها حل الرابطة الزوجية عن طريق الفسخ؟ هذا ما سنتناوله على النحو الآتي:

تعريف **الشرط لغة:** إلزام الشيء، وجمعه شروط، وهو ما يوضع ليلتزم به في البيع ونحوه، شرط كل منهما على صاحبه، والشرط بفتح الراء معناه العلامة[١].

أما **الشرط اصطلاحًا:** فهو ما يتوقف عليه وجودُ الشيء، ويكون خارجًا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرًا في وجوده، وقيل: الشَّرط: ما يتوقف ثبوت الحكم عليه[٢] .

---

(١) زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص١٦٣؛ مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ص٦٧٤.

(٢) علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣م، ص١٢٥.

وعند الأصوليين: هو الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم[١].

أما حُكم الشروط المقترنة بالعقد، فقد تشترط الزوجة على زوجها شروطًا معنوية أو مادية لتحقيق مصلحة خاصة، ضمانًا لها أنْ لا يحرمها من هذه المصلحة، مثل أنْ تقول لزوجها: أنْ يسكنها في دار معينة، وهذا حق لها في نظر الشرع، وعلى الزوج أنْ يلتزم به إذا قَبِلَها، بشرط أنْ لا تخالف أحكام الشرع، ودليل إباحة هذه الشروط قول الرسول محمد(ﷺ): "إنّ أحق الشروط أنْ توفوا بها ما استحللتم به الفروج"[٢]. غير أنّ إباحة هذه الشروط في عقد الزواج ليست مطلقة، ومن هنا كان للعلماء مجال واسع في بحث تلك الشروط التي يحق للزوجة من خلالها فسخ الرابطة الزوجية لعدم الوفاء بالشرط.

ويمكن تقسيم هذه الشروط بشكل عام إلى أربعة أقسام، هي:

القسم الأول: إذا كان الشرط موافقًا لمقتضى عقد النكاح، كتسليم الزوجة إلى الزوج، أو أنْ ينفق عليها، أو أنْ يعاشرها بالمعروف، وهذا الشرط، باتفاق الفقهاء، لا يؤثر على العقد، ذُكرُه أو عدم ذكره سواء فالعقد صحيح[٣].

القسم الثاني: وهي الشروط التي تخالف مقتضى العقد، لكن لا تخّل بمضمون النكاح الأصلي، مثل أنْ يشترط أنْ لا مهر لها، أو لا يطلقها، فيصح العقد هنا ويبطل الشرط وحده[٤].

القسم الثالث: إذا كان الشرط مخلًّا بمقصود النكاح الأصلي، مثل أنْ تشترط على زوجها أنْ يكون لها الخيار بفسخ العقد بعد مدة كذا، أو زواج المطلقة ثلاثًا ليحلها على زوج الأول، فيكون الشرط فاسدًا ومفسدًا للعقد، ويكون النكاح باطلًا، لأن الشرط ينافي مقصود النكاح فيبطله[٥].

---

(١) عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٠هـ، ص٨٣.

(٢) أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج٧، مصدر سابق، ص٤٠٥، رقم الحديث ١٤٤٣٠.

(٣) محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص١٠٥؛ ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٩١؛ أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٣، مصدر سابق، ص٣٠٣؛ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص٣٢؛ وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج١٠، مرجع سابق، ص١٩٨؛ خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد الزواج، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون- الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، ٢٠٠٧م، ص٨.

(٤) محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص١٠٦؛ وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج١٠، مرجع سابق، ص١٩٩؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٦، مرجع سابق، ص١٣٦؛ أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٣، مصدر سابق، ص٣٠٣؛ محمد الغروي، الأحوال الشخصية على المذاهب الإسلامية الخمسة، مرجع سابق، ص٣٦.

(٥) محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص١٠٥-١٠٦؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في =

القسم الرابع: وهذه الشروط ليست من مقتضيات عقد الزواج، ولا تمس أو تخل بمضمونه الأصلي، لكنها تحقق فائدة أو منفعة للزوجة، مثل أنْ تشترط أنْ لا يتزوج عليها، أو لا ينقلها من بلدها، فهذه الشروط واجبة الوفاء بها، وإنْ تخلّف ثبت الخيار لمن اشترطه في فسخ عقد النكاح، وهذا مذهب الحنابلة والجعفرية، أما الحنفية والمالكية والشافعية فقالوا: إن هذه الشروط لا تفسخ عقد الزواج، ولا يلزم الوفاء بها، إنمّا يستحب الوفاء بها، ما لم يكن التزامه لها في يمين، فحينئذ عليه الالتزام والوفاء بالشرط[١].

مجمل ما تقدّم، إن مسألة وجوب الوفاء بالشرط محلُّ خلاف بين كلٍّ من الأحناف والمالكية والشافعية من جهة، وبين الحنابلة والجعفرية من جهة أخرى؛ وذلك لأنه وإن بدا من ظاهر الأمر رجحان مذهب الجمهور، وهم الأحناف والمالكية والشافعية، من كون العقد يصح ويلزم مع تخلف الشرط، إذ يعدّ شرطًا فاسدًا في حالة لم ينصّ عليه الشارع، وليس من مقتضى العقد، إلّا أنّ التحقيق العلمي والواقع العملي يستلزمان الأخذ بمذهب الحنابلة والجعفرية لمناسبته لظروف العصر، إذ أنّ إفساح المجال أمام إرادة المتعاقدين في الزواج، وإطلاق حريتهما في اشتراط أيِّ شرط يحقق غرضًا مشروعًا لصاحبه- بسبب تغير نمط الحياة وتنوع أهداف الرجل والمرأة وتعددها، وتغير توجهاتهما مع حرصهما التام على تحقيق أهدافهما وتسمكهما بها- من شأنه أنْ يحقق الرضا التام بين الزوجين، ويقويّ العقدَ ويؤكّده، ويضمن استمراره ودوامه، فعلى الزوج لزوم الوفاء بالشرط الصحيح.

والجدير بالذكر، إنّ حق الزوجة في الفسخ لعدم الوفاء بالشرط يكون على التراخي، فلا يلزم العمل به فورًا؛ لأنه خيار ثبت لدفع الضرر عنها، فكان على التراخي لأنها أدرى بمصلحتها، وأعرف بشؤونها، فكان على التراخي، فلا يسقط الخيار إلّا بما يدل على رضاها من قول أو التمكين من نفسها مع العلم بفعله بعدم الوفاء بالشرط، أما إذا لم تعلم بعد الوفاء ومكنته، لم يسقط خيارها[٢].

أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٦، مرجع سابق، ص١٣٨-١٣٩؛ محمد الغروي، الأحوال الشخصية على المذاهب الإسلامية الخمسة، مرجع سابق، ص٣٦؛ محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٥١.

(١) ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٩١؛ محمد الغروي، الأحوال الشخصية على المذاهب الإسلامية الخمسة، مرجع سابق، ص٣٧؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص١٧٥-١٧٦؛ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج٣، مصدر سابق، ص٢٣٨؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٦، مرجع سابق، ص١٣٣.

(٢) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٩، مرجع سابق، ص١١٥-١١٦؛ ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٩١-٩٢.

بالإضافة إلى ما تقدّم، أنّ التفريق لا يقع إلّا بعد إثبات عدم وفاء الزوج بالشرط، فلا يجوز أنْ تكون الزوجة هي الخصم والقاضي في هذه المسألة، وإنمّا عليها أنْ ترفع دعواها بالفسخ إلى القاضي، لاختلاف الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد، وعليها أنْ تقدم البينة الشرعية على عدم وفاء الزوج بالشرط حسب القاعدة الشرعية: "البينة على المدعي"، فإذا ثبت للقاضي ذلك حكم بالتفريق أي فسخ النكاح[١].

أما موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

نصَّت المادة (٦) الفقرة (٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على: "الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها"، ويتبيّن من خلال هذا النص أنّه إذا اقترن عقد الزواج بشرط يشترطه أحدُ المتعاقديَنْ لتحقيق مصلحة له، ويقبل بها الطرف الآخر، لزم الوفاء به، بشرط أنْ يكون مشروعًا، أمّا إذا كان غير مشروع، فلا يلزم الوفاء به، ويكون العقد صحيحًا والشرط باطلًا.

وإذا كان الشرط صحيحًا وجب على الطرف الآخر الوفاء به، فإنْ امتنع، وكان المُمتنع هو الزوج، فقد أجازت الفقرة (٤) من المادة (٦) الحقَّ للزوجة بفسخ عقد النكاح إذا لم يفِ الزوج بالشرط المقترن بالعقد: "للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج"

ومن تطبيقات القضاء العراقي في هذا الشأن، ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية: "الشروط التي تشترط عند إبرام عقد الزواج، ومنها سكن الزوجة مع أهل زوجها، لا تكون معتبرة ولا يلزم الوفاء بها، ما لم تدرج ضمن عقد الزواج، فإنّ الشروط التي تكون معتبرة، ويجب الإيفاء بها، هي الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج وفق الفقرة (٣) من المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية المعدل"[٢].

ومن خلال تحليل هذا القرار نجد أنّ المشرّع العراقي أجاز أنْ يتضمن عقد الزواج شروطًا مشروعة، ومتى تم إدراجها ضمن عقد الزواج، رتبت آثارها، ووجب الإيفاء بها عملًا بنص المادة (٦) الفقرة (٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، فيحب أنْ تُسجل هذه الشروط في عقد الزواج، وأنْ لا تمس حق الغير. ومثال ذلك أنْ تشترط الزوجة على زوجها في عقد الزواج شروطًا لها مصلحة فيها، مثل عدم

---

(١) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٩، مرجع سابق، ص١١٦-١١٧.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ٥٥٨/شخصية/١٩٨٠ في ١٩٨٠/٥/١٢؛ ينظر: فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٦١.

ممانعته من إكمال الدراسات العليا، فهذا الشرط صحيح وملزم للزوج، فإنْ لم يفِ جاز لها فسخ عقد الزواج.

ثالثًا: الفسخ لعدم كفاءة الزوج

تُعدّ الرابطة الزوجية من أسمى الروابط الاجتماعية، ولا تقتصر هذه الرابطة على الزوجين فحسب، وإنما تخصّ أهل الزوج والزوجة أيضًا، الذين لهم الدور في إنشاء هذه الرابطة، سواء كانت من الناحية المادية أو من خلال المشاركة في اختيار شريك حياة مناسب لأبنائهم وبناتهم في النواحي الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية والثقافية والصحية، وذلك لضمان استقرار الحياة الزوجية واستمرارها من جهة، ولتفاخرهم بمنزلة أصهارهم أمام المجتمع وفق أعرافهم من جهة أخرى.

ولكن قد يلجأ عدد من الأولياء، لِما لهم من ولاية على المرأة، إلى تزويجها من أزواج ليسوا أكفاء لهن بغية المنافع الشخصية، كأنْ يزوّجوها من شيخ طاعن في السن، أو عليل لا يستطيع القيام بالواجبات الزوجية، أو من شخص لا يقرأ ولا يكتب، أو من أرباب السوابق الإجرامية. كما قد تلجأ المرأة العاقلة البالغة إلى تزويج نفسها دون رضا أوليائها من رجل لا يكافئها، كأْن يكون مجهول النسب، أو ذميم الخلق فتلحق العار بأهلها.

وفي كليْ الافتراضَيْن تختلّ مصالح النكاح، وتضطرب العلاقة الزوجية، إنْ لم تنتهِ بالطلاق، وهذا ما نشهده في محاكم الأحوال الشخصية في العراق والبلاد العربية والإسلامية.

فما المقصود بالكفاءة في الزواج، وماهي الكفاءة المطلوبة في عقد الزواج، وماهي الصفات المعتبرة فيها، وهل يحق للزوجة أو لوليّها الاعتراض والفسخ بسبب هذا العقد؟ وما هو موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي؟

١- معنى الكفاءة

الكفاءة في اللغة: هي النظير، وكذا "الكُفْءُ" و"الكُفُؤ" بسكون الفاء وضمها بوزن فُعْل وفُعُل، والمصدر الكفاءة بالفتح والمد، وفي حديث العقيقة "شَاتَانِ مُكَافِئَتَانِ" بكسر الفاء، أي متساويتان؛ والمحَدِّثون يقولون "مُكَافَأَتَانِ" بفتح الفاء وكلُّ شيء ساوى شيئًا فهو مكافئ له، والتكافُؤ يعني الإستِواءُ[١]. وأيضًا: كل شيء ساوى شيئا فهو مكافئ له، ويقال تكافأ الشيأن إذا تماثلا واستويا[٢].

أما في الاصطلاح: فقد عّرفها بعض الفقهاء بأنها: المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة،

(١) زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص٢٧٠.
(٢) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج٢، مصدر سابق، ص٧٩١.

يُعتبر الإخلال بها مُفسدًا للحياة الزوجية[١]. وعرّفها الدكتور أحمد الكبيسي بـ: أنْ يتساوى الرجل والمرأة- التي يريد الزواج بها- في أمور معينة، بحيث لا تكون تلك المرأة ولا أولياؤها عرضةً للنيل منهم بسبب هذه المصاهرة حسب العرف[٢].

يلاحظ من خلال ما تقدّم، أنهم استخدموا مفردات "المساواة" و"المماثلة" بين الزوجين، لكن نادرًا ما يوجد زوجان متساويَينْ ومتماثلَينْ تمامًا في الأمور المعتبرة في الكفاءة، وإنما يمكن أنْ يكونا متقاربَينْ نسبيًا.

٢- آراء فقهاء الشريعة الإسلامية من الكفاءة

أ- **الحنفية:** ذهب الحنفية إلى أنّ الكفاءة هي شرطُ صحة عقد النكاح[٣]، وتكون الكفاءة من جانب الرجل لأن الشريفة تأبى أنْ تكون فرشًا للدنيء، لذا لا تعتبر من جانبها، ويمكن أنْ تعتبر الكفاءة من جانبها أيضًا، والكفاءة هي حقّ للوليّ لا حقها[٤].

فلو نكحت رجلًا ولم تعلم حاله، فإذا هو عبد لا خيار لها؛ بل للأولياء ولو زوّجوها برضاها، ولم يعلموا بعدم الكفاءة ثم علموا، لا خيار لأحد إلّا إذا اشترطوا الكفاءة، أو أخبرهم بها وقت العقد، فزوّجوها على ذلك، ثم ظهر أنه غير كفء كان لهم الخيار[٥]. وكذلك لو زَوّجت البالغة العاقلة نفسها من غير كفء، سقط حقّها، ولا خيار لها، لكن إذا رضي أولياؤها بهذا النكاح سقط حقّهم في الاعتراض، وصار النكاح لازمًا، ولو رضي بعض الأولياء سقط حقّ الباقين في الاعتراض، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يسقط؛ لأن حقهم في الكفاءة ثبت مشتركًا فإذا رضي بعضُهم أسقط حقّ نفسه، فلا يسقط حق الباقين[٦]، وذهب الحنفية إلى أن الصفات المعتبرة في النكاح هي النسب والإسلام والحرية والديانة والمال والحرفة، وتُشترط وقت إنشاء العقد فقط، وبعد ذلك لا يشترط بقاؤها، فإنْ تغيّر حال الزوج من الغنى إلى الفقر أو من الصلاح إلى الفساد، فليس للزوجة ولا لأوليائها طلب الفسخ؛ لأن الحال لا يدوم، ولوكان تبدّل الحال مبررًا لفسخ الرابطة الزوجية، لكان في ذلك تعرض كيان كثير من الأسر للتفرق

---

(١) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص١٣٦.

(٢) أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، مرجع سابق، ص٩١.

(٣) ولم يجعل قسم من الفقهاء الكفاءةَ شرطًا في النكاح، ومنهم الكرخي، وحسن البصري وسفيان الثوري؛ ينظر في هذا الصدد: علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج٣، مصدر سابق، ص٥٧٣؛ قحطان هادي عبد، الكفاءة في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية تصدر عن كلية التربية، جامعة تكريت، المجلد(١٤)، العدد(٦)، ٢٠٠٧م. ص١٩٧.

(٤) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج٣، مصدر سابق، ص٥٧٣.

(٥) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، مصدر سابق، ص٨٥-٨٦.

(٦) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٥، مصدر سابق، ص٢٦.

والتفكك[١].

ب- المالكية: قالوا: إنّ الهدف من النكاح هو السكون والود والمحبة، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[٢]. والنفس لا تسكن إلّا لِما يماثلها، فنفسُ الشريفة ذاتُ المنصبِ لا تسكن لغير الشريف، فلا تسكن للخسيس وإلّا لحصلت العداوة والفتن والبغضاء، والقاعدة أنّ كلّ عقدٍ لا يحصل الحكمة التي شرع لأجلها لا يشرّع[٣]. ومعيار الكفاءة عند المالكية في أمرين، هما: الدين، أي كون الزوج غير فاسق، والحال، أي السلامة من العيوب الموجبة للرد، أما النسب والحسب والمال، فلا تُشترط المماثلة بهما، فمن ساوى المرأة في الدين والحال كان كفءًا لها[٤].

وللزوجة ولوليّها الحق في ترك الكفاءة والرضا بعدمها، مثل أنْ تتزوج برجل فاسق أو معيب، فيكون النكاح صحيحًا، وذلك لأن الحق في الكفاءة لهما، وإذا سقط حقهما صح النكاح ولزم، وهو المشهور في المذهب[٥]. أما إذا لم يرضيا معًا، فالقول لمن امتنع، وعلى الحاكم منع مَنْ رضي منهما، ولا يحق للأب إجبار البكر على فاسق، أو معيب، فإنْ تزوجها، فلها وللولي الرد والفسخ[٦].

ج- الشافعية: الكفاءة ليست شرطًا في صحة عقد النكاح، بل هي حقٌّ للوليّ وللمرأة، ولهما إسقاطها؛ فإذا زوجها الوليّ بغير كفء برضاها، أو زوجها بعض الأولياء المستوين، كإخوة وأعمام برضاها، ورضي الباقون ممن في درجته، بغير كفء صح النكاح، لأن الكفاءة حقها وحق الأولياء، فإنْ رضوا بإسقاطها، فلا اعتراض عليهم[٧]. وكذلك لو زوّجها أحدهم- أي المستوين- في درجة الكفء برضاها دون رضاهم – أي دون رضا باقي الأولياء المستوين- لم يصح التزويج به؛ لأنهم لهم الحق في الكفاءة، فاعتبر رضاهم. وفي قول، يصح العقدُ، ولهم الفسخ؛ وإذا زوج الأب الصغيرة الباكر أو البالغة من غير كفء بغير رضاها، ففي القول الأظهر في المذهب أنّ النكاح لا يصح؛ لأنه على

---

(١) محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص١١٤ وما بعدها.

(٢) سورة الروم، الآية (٢١)

(٣) أبو العباس شهاب الدين القرافي، الذخيرة، ج٤، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م، ص٢١١-٢١٢.

(٤) أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٣، مصدر سابق، ص٣٣٣.

(٥) وقيل إن تزويج الفاسق غير صحيح، ويتعين الفسخ، ولو كان يؤمن عليها منه وأنه ليس لها ولا للولي الرضا به، وهذا قول لبعض علماء المالكية؛ لأن مخالطة الفاسق ممنوعة وهجره واجب شرعًا، فكيف بالزواج به وهذا قول اللخمي وابن بشير.

(٦) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج٣، مصدر سابق، ص٢٤٩.

(٧) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، مصدر سابق، ص٢٧٠.

خلاف مصلحة المرأة؛ وفي القول الآخر يصح، وللبالغة الخيار في الحال، وللصغيرة أيضًا الخيار إذا بلغت[١].

أمّا الصفات المعتبرة في الكفاءة المعتبرة في الزوج فهي: السلامة من العيب، والمثبتة للخيار في النكاح، والنسب، لأن العرب تفتخر بأنسابها أتم الافتخار؛ والحرية، فالرقيق ليس كفءًا للحرة، لأنها تُعيّر به، وتتضرر بسبب النفقة؛ والعفة، وهي التدين والصلاح والامتناع عمّا لا يحل، فالفاسق ليس كفءًا للعفيفة، والحرفة، وهي المهنة والصنعة التي يسترزق منها، فصاحب الحرفة الدنية ليس كفءًا لغيره، ولا يعتبر من خصال الكفاءة اليسار في الأصح، لأنه ظل زائلًا ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر[٢].

د- **الحنابلة:** اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح، فروي عنه أنها شرطٌ له، والرواية الثانية عن أحمد، أنها ليست شرطًا في النكاح وهذا قول أكثر أهل العلم[٣]، فلو زوِّجت المرأة بغير كفء، فلِمن لم يرض بالنكاح الفسخ من المرأة والأولياء جميعهم فورًا وتراخيًا، يملكه الأبعد من ولأولياء مع رضا الأقرب منهم، ومع رضا الزوجة دفعًا لِما يلحقه من لحوق العار. فلو زوج الأب ابنته بغير كفء برضاها فللإخوة الفسخ؛ لأن العار في تزويج من ليس بكفء عليهم أجمعين، أما إذا زالت الكفاءة بعد العقد، فللزوجة حق الفسخ دون أوليائها، والكفاءة عند الحنابلة تكون في خمسة أشياء وهي الدين والمنصب والحرية والصناعة واليسار[٤].

هـ- **الجعفرية:** ذهب الجعفرية إلى أن الكفاءة معتبرة في شيئين، أحدهما: الدين، ويقصد به التقوى، والصلاح والاستقامة، وحسن الخلق، وترك المحرمات، لقوله(ﷺ): "لا فضل لعربي على أعجمي إلّا بالتقوى"، وقال الإمام علي بن الحسين عليه السلام، لمّا أنكر عليه بعضُهم الزواج من بعض الناس وتزويجهم قال: "إنّ الله رفع بالإسلام كل خسيسة، وأتم به الناقصة، وأكرم به اللؤم، فلا لؤم على مسلم، وإنما اللؤم لؤم الجاهلية". أما بالنسبة للطبقية والعنصرية، فيجوز أن يتزوج العبد بالحرة، والعجمي بالعربية، وغير الهاشمي بالهاشمية، وبالعكس، وكذا أرباب الصنائع الدنيئة أن يتزوجوا بذوات العلم وغيرها[٥].

---

(١) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، مصدر سابق، ص٢٧١-٢٧٢.

(٢) محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص٨١-٨٢.

(٣) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٣٣.

(٤) ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٦٧-٦٨.

(٥) محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، ج٥-٦، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر، قم، ٢٠٠٠م، ص٢٠٨-٢٠٩؛ حمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٤٢-٤٣.

والثاني، إمكان القيام بالنفقة[١]، أي يكون الزوج قادرًا على الإنفاق، ولكن هناك من خالف ذلك، لقوله تعالى: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾[٢].

ويأتي هذا الرأي من كون الناس جميعًا من معدن واحد لا تمايز فيه، ولكن يمكن التمايز بالكسبيات فقط، والتي منها التقوى، كما في قوله(ﷺ): ﴿أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾[٣].

بالإضافة إلى ذلك فإن الكفاءة حقٌّ ثابتٌ للزوجة دون أنْ يتدخل أحدٌ في هذا الموضوع؛ لذلك لا يجوز للأولياء الاعتراضَ، وطلبَ فسخ العقد، إذا زوّجت المرأة نفسها لغير كفء، لأنها رضيت بإسقاط حقّها، فيسقط بإسقاطها، ولا يصح المطالبة به عن مَنْ لا يملكه[٤]، ولكن إذا زوج الكبيرةَ وليُّها أو وكيلها من غير كفئ، وهي غير عالمة بالحال، فلها خيار الفسخ[٥].

٣- موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

لم يتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي نصًا صريحًا يشير إلى اعتبار الكفاءة في الزواج، كما في قوانين الأحوال الشخصية للبلدان العربية[٦]. إلّا أنّ ذلك لا يعني أنّ المشرّع العراقي لم يأخذ بالكفاءة في الزواج بشكل مطلق، إذ وردت عدّة نصوص في هذه المسألة:

نص المادة (١) الفقرة (٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: "إذا لم يوجد نصٌّ تشريعيٌّ يمكن تطبيقه، فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون"؛ وكذلك

---

(١) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج٤، مصدر سابق، ص٢٧١.

(٢) سورة النور، الآية ٣٢.

(٣) سورة الحجرات، الآية ١٣.

(٤) محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص١١٨؛ محمد جاسم محمد، عقد الزواج في الفقه الجعفري وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مجلة جامعة ذي قار تصدر عن جامعة ذي قار، العدد(٢)، المجلد(٢)، ٢٠٠٦م، ص١٥٢؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص٣٢١؛ محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص١٤٠.

(٥) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية الأربعة والمذهب الجعفري، ج١، دار النهضة العربية، بيروت، من دون سنة نشر، ص١٦٥.

(٦) المادة (٤٥) من قانون حقوق العائلة اللبناني لسنة ١٩١٧؛ وتقابلها المادة (٢١) الفقرة (أ) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠؛ وتقابلها المادة (٢٦) و(٢٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣.

نصَّت الفقرة الثالثة على أنْ: "تسترشد المحاكم في كلّ ذلك بالأحكام التي أقرّها القضاء والفقه الإسلاميَّيْن في العراق، وفي البلاد الإسلامية الأخرى، التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية"؛ وهو يدلّ على أنّ الكفاءة لم يُنصَّ عليها في قانون الأحوال الشخصية العراقي، إذ أمر القاضي بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

ولِما كانت الحكمة من تشريع الكفاءة لدفع الضرر والعار عن الزوجة وأهلها، ومعيار ذلك هو العرف، وبما أن العرف متغير بتغير الزمان والمكان، نرى أنه أنّ لا يكتفي المشرع بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية فقط، بل يجب أن يمنح القاضي سلطة تقديرية في تقييم الكفاءة، حيث في الوقت الحاضر يجب إعادة النظر في خصال الكفاءة سواء بتجاهل بعضها كالحرية وأسبقية الدخول للإسلام، بالمقابل هناك معايير يجب الأخذ بها كالتقارب في السن بين الزوجين، واختلاف البيئة الاجتماعية، فلم يعد الناس يتفاخرون بالحرية كما يتفاخرون بالعلم والوظيفة والمنصب الاجتماعي.

إلّا أنْ هناك عدد من الصفات لم يتطرق قانون الأحوال الشخصية إليها بشكل مباشر، كما ذكرنا في الفقه الإسلامي، لكنه أشار إلى عدد من الصفات المعتبرة التي يمكن أنْ نستشفها من نصوصه. ففي ما يتعلق بشرط السلامة من العيوب، اشترط أنْ يكون الزوجان سليَمْين من الناحية الصحية، إذ أكّد القانون على الخاطب والمخطوبة تقديم تقرير طبي يؤيد سلامتهما من الأمراض السارية، وهذا ما جاء في نص المادة (١٠) الفقرة (٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: "يُرفقُ البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجان من الأمراض السارية، والموانع الصحية، وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون". وقد تولت لجنة من وزارة الصحة والعدل تحديد الموانع الصحية التي أشارت إليها هذه الفقرة؛ ويقصد بالموانع الصحية في المادة (١٠) الفقرة (٢) بما يأتي:

أ- **الجسمية:** وتشمل الأمراض السارية الآتية: الأمراض التناسلية السارية والجذام، والتدرُّن الرئوي في حالته الفعالة.

ب- **العقلية:** وتشمل الأمراض والعاهات العقلية، وهذا التحديد تمثيلي، أي على سبيل المثال، لا الحصر[١].

كما تطرق قانون الأحوال الشخصية العراقي إلى مسألة الكفاءة في المال في حال طلب الزوج الزواج من زوجة ثانية، إذ نصَّت المادة (٣) الفقرة (٤/أ) على: "أنْ تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر

---

(١) أحمد علي الخطيب وحمد عبيد الكبيسي ومحمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٦٦-٦٧.

من زوجة واحدة" .

أما صاحب الحق في الكفاءة في الزواج فإننا نرى أنّ قانون الأحوال الشخصية أخذ بما ذهب إليه المذهب الجعفري، بإعطاء الحق للمرأة فقط، إذ نصَّت المادة (٩) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية على: "....كما لا يحق لأيٍّ من الأقارب، أو الأغيار، منَعَ مَنْ كان أهلًا للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج".

يُفهم من هذا النص أنّ قانون الأحوال الشخصية في المادة أعلاه جعل حقَّ الكفاءة في الزواج أمرًا متروكًا للزوجة كاملة الأهلية دون تدخل أي شخص من الأقارب أو الأغيار، وبهذا الموقف يأخذ المشرع العراقي بما ذهب إليه المذهب الجعفري، ويعاقب كلَّ مَنْ يتدخل في ذلك من دون رضا الزوجة، أما إذا كانت دون سن البلوغ، وقد أكملت الخامسة عشرة من العمر، فلوليّها الحق في الاعتراض إنْ كان الزوج غير كفء لها بدليل نص المادة (١/٨) من قانون الأحوال الشخصية التي نصَّت على أنه: "إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فالقاضي أنْ يأذن به ..... بعد موافقة وليّه الشرعي ..... فإنْ لم يعترض، أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار، أذن القاضي بالزواج" ويفهم من هذا النص أنّ للوليّ الاعتراض عند عدم توفر الكفاءة، فيحق له المنع عند عدم توفر الكفاءة.

المطلب الثاني: الفسخ لحصول عارض يمنع بقاء النكاح

هذا النوع من الفسخ لا ينقضُ العقدَ من أصله ويكون طارئًا عليه بعد انعقاده، أي بسببِ خللٍ طارئ منافٍ لبقائه، كردة الزوج أو طروء حرمة المصاهرة، وهذا النوع من الفرقة إذا كانت بسبب المرأة سقط المهر كله، وإذا كانت من قِبل الرجل، فإنها توجب نصف المهر إذا سُمّيَ بعد العقد مهرًا، ووجبت المتعة إن لم يكن ذلك[١].

وينقسم الفسخ لحصول عارض يمنع بقاء النكاح إلى قسمين:

القسم الأول: فسخٌ يمنع الزواج على التأبيد، وهو الفسخ الذي يكون بسبب حدوث تحريم بين الرجل والمرأة على التأبيد، كأنْ يقع منه لأصلها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة، أو يقع منها ذلك لأصله وفروعه.

القسم الثاني: فسخٌ يمنع الزواج على التأقيت، وسبب هذا يكون تحريمًا مؤقتًا بين الزوجين كالردة، وهذا الفسخ لا يحتاج إلى قضاء القاضي[٢].

---

(١) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص٢٤٨
(٢) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٢٧٩.

الفرع الأول: التفريق بسبب الردة وإباء الزوج الإسلام

الردة لغة: مصدر قولك ردة يردّه ردًا وردةً- بالكسر- اسم من الارتداد، والارتداد هو الرجوع، ومنه المرتد، ويقال ارتد فلان عن دينه، إذا كفر بعد إسلامه، ومنه الردة عن الإسلام أي الرجوع عنه(١).

أما في الاصطلاح: فالردّة ترك المسلمِ أو المسلمةِ دينَ الإسلام إلى دين آخر، أو إلى غير دين(٢). وأيضًا هي الرجوع عن الإسلام. وموضوعنا في هذا الفرع يتعلق بردة الزوج وأثرها في بقاء النكاح، فهل يترتب على ردة الزوج وجوب التفريق بينه وبين الزوجة؟ وماهي نوع الفرقة الواقعة بسبب الردة؟

عكس ما تقدم في حالة إسلام الزوجة وحدها دون الزوجة، هل يفرق بينهما؟ وما نوع الفرقة إن وقعت؟، وما هو موقف المشرع العراقي الحالتين؟ هذا ما سنتناوله تباعًا وكما يلي:

أوّلًا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

١- **الحنفية:** في حالة ارتداد الزوج المسلم وحده، تقع الفرقة بين الزوجين في الحال دون توقف على قضاء القاضي، وتعدّ فسخًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وطلاقًا بائنًا عند محمد؛ أما إذا ارتد الزوجان معًا، فلا تقع الفرقة عند الحنفية استحسانًا حتى لو سلمًا لو أسلما معًا، فهما على نكاحهما، والقياس وقوع الفرقة بردتهما معًا(٣).

أما إذا أسلمت الزوجة وإبى الزوج الإسلام، عُرِض الإسلام على زوجها، فإذا أسلم وكانت ممّا تحلّ له، بقي النكاح على حاله، وإنْ أبى، فرّق القاضي بينهما، والتفريق فسخٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وطلاقٌ عند محمد(٤).

٢- **المالكية:** في حالة ارتداد الزوج عن الإسلام، فالفرقة هي طلاقٌ وليست فسخًا على القول المشهور، وتقع به طلقة بائنة أو رجعية، وعليه إذا كان بائنًا فلا بُدّ مِنْ عقدِ جديدٍ بعد أنْ يُسلِم المرتد. أما إذا كان رجعيًّا، فالنكاح باقٍ إذا أسلم خلال فترة العدة، وهناك مَنْ قال: إنّ هذه الفرقة هي فسخٌ وليس طلاقًا، وهو قول ابن الماجشون وابن أبي أويس(٥).

---

(١) زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص١٢١.

(٢) محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص٣٠٥.

(٣) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج٥، مصدر سابق، ص٤٩؛ محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص٣٠٥؛ ماجد حميد حمادة، التفريق بين الزوجين للردة وإباء الإسلام، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون-الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، ٢٠١٠م، ص٤٢.

(٤) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج٨، مرجع سابق، ص٥٨٨.

(٥) محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، مصدر سابق، ص٢٧٠؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٩، مرجع سابق، ص١١٣.

أما إذا أسلمت الزوجة، وأبى الزوج الإسلام، فتقع الفرقة في الحال إذا كان إسلامها قبل الدخول، أمّا إذا كان بعد الدخول، ينتظر في إسلامه خلال فترة العدة، فإنْ أسلم يحل له نكاحها، وإنْ لم يسلم فرّق بينهما[١].

٣- **الشافعية:** إذا ارتدّ أحدُ الزوجين أو كليهما، فإنْ كانت الردة قبل الدخول، وقعت الفرقة بانفساخ العقد، وإنْ كانت بعد الدخول وقعت الفرقة بعد انقضاء العدة، وإنْ لم يجتمعا على الإسلام بعد انقضائها فسخ النكاح ووقعت الفرقة[٢].

أما إذا أسلمت الزوجة، وأبى الزوج الإسلام قبل الدخول، وقعت الفرقة في الحال، وإنْ كان بعد الدخول تتوقف الفرقة إلى ما بعد انتهاء العدة، فإنْ أسلم خلال هذه المدة بقي النكاح، وإنْ لم يُسلِم وقعت الفرقة[٣].

٤- **الحنابلة:** في حالة ارتداد الزوج قبل الدخول، يُفسخ العقد في الحال؛ أمّا بعد الدخول فهناك روايتان، أحدهما: تعجل الفرقة، أي يفسخ النكاح، والثانية: ينتظر الزوج قبل انقضاء فترة العدة، فإنْ أسلم، فهما على نكاحهما، وإنْ لم يُسلِم تبين منه زوجته، وكذلك الحال عند ارتداد الزوجين معًا[٤].

أما إذا أسلمت الزوجة وأبى الزوج الإسلام، فقبل الدخول تقع الفرقة حالًا، أما بعد الدخول، فإنّ الفرقة بينهما تتوقف على انقضاء العدة، وعليه لو كان إسلام الزوج خلال فترة العدة، فالنكاح جائز، وإنْ لم يُسلِم وقعت الفرقة بينهما والفرقة عندهم فسخ[٥].

٥- **الجعفرية:** إذا ارتد الزوج عن الإسلام قبل الدخول، انفسخ النكاح في الحال بلا توقف عند القضاء، وإذا ارتد الزوجان معًا يفرق بينهما في الحال، أمّا إذا ارتد الزوج عن فطرة بعد الدخول انفسخ النكاح في الحال ويجب أن تعتّد زوجته عدّة الوفاة، إما إذا ارتد عن ملة فإن انفساخ العقد يتوقف على العدة، فإذا رجع قبل انقضائها، ثبت النكاح والّا فسخ[٦].

أما إذا أسلمت الزوجة دون زوجها، فيتوقف النكاح على انقضاء العدة، وهي عدة طلاق من حين إسلامها، فإنْ انقضت، ولم يُسلِم بانت من حين إسلامها، وإنْ أسلم قبل انقضائها، فهما على

---

(١) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج٣، مصدر سابق، ص٢٦٥-٢٦٦.
(٢) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، مصدر سابق، ص٣١٨.
(٣) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٩، مرجع سابق، ص٩٤-٩٥.
(٤) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص١٧٤.
(٥) المرجع نفسه، ص١٥٣-١٥٤.
(٦) عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص١٠٣.

نكاحهما، وإنْ لم يُسلِم الزوج حتى تنقضي العدة فقد بانت منه[١].

ونرى أن المذاهب الإسلامية، لم تظلم الزوج – الداخل بزوجته– الذي ارتد، أو الذي امتنع عن دخول الإسلام بعد إسلام زوجته، فقد أعطته فترة العدة لكي ينتقل من الباطل إلى الهدى، فهي في هذه الحالة لم تفسخ النكاح في الحال، إذ يؤجل ذلك له إلى انتهاء فترة العدة طمعًا في إسلامه، وهو من قبيل التكريم والمكافأة التي يستحقها على هذا العمل.

أما في حالة إكراه الزوج على الردة فلا يفرّق بينه وبين زوجته لقوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ﴾[٢]. فإذا أكره شخصٌ على الكفر أو الردة، بالضرب أو الأذى فلا ينطبق عليه نكاح المرتد.

ثانيًا: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

لم يعالج قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ التفريق للردة سواء كان أحد الزوجين أوكلاهما. ولكن عند الاطلاع على نصوص هذا القانون نجد أنّ هناك مادة تخصّ هذا الموضوع، هي المادة (١٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، التي نصَّت على: "يصحّ للمسلم أنْ يتزوج كتابية، ولا يصح زواج المسلمة من غير المسلم"؛ ونفهم من هذا النص أنه يصحّ للمسلم أنْ يتزوج كتابية– كمسيحية أو يهودية– لأن كلًّا منهما ذات دين سماوي، ولكن لا يصح زواجه من وثنية أو بوذية مثلًا، لأنهما ليستا بذاتي دين سماوي. كما أنّ زواج المسلمة بغير مسلم– حتى لو كان كتابيًا– أمر محرمٌ شرعًا[٣]، وهذا الحظر لا خلاف به بين الفقهاء كما ذكرنا، وعليه إذا كانت الزوجة مسلمة، وزوجها غير مسلم، يكون الزواج على هذا النحو باطلًا، ولا يترتب عليه أي أثر؛ وهذا ما جاء في قرارات فتاوى مجلس شورى الدولة: "إنّ زواجَ المرأةِ من رجلٍ كتابيٍّ باطلٌ، ويتبع أولادُهما القاصرَيْن دينَ أمِّهم الذي يمتنع عليها تبديله، كما يمتنع على الأولاد الرجوع عنه بعد البلوغ[٤].

أما في حالة إسلام الزوج، وامتناع الزوجة عن الدخول في الإسلام، فقد عالجت المادة (١٨) هذا

---

(١) محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص٢٢٩–٢٣٠؛ محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، ج٥–٦، مصدر سابق، ص٢٠٤ وما بعدها؛ محمد جعفر شمس الدين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص٣٠٨.

(٢) سورة النحل، الآية ١٠٦.

(٣) فريد فتيان، شرح قانون الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٨٣م، ص٦٣.

(٤) فتاوى وقرارات مجلس شورى الدولة رقم ١٩٨٢/٣ في ١٩٨٢/٦/٢٤؛ ينظر: فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٧٣.

الموضوع، إذ نصَّت على أنّ: "إسلامٌ أحدِ الزوجين قبل الآخر تابعٌ لأحكام الشريعة الإسلامية في بقاء الزوجية، أو التفريق بين الزوجين".

يُفهم من ذلك أنّ القاضي لا يحكم بفصل الرابطة الزوجية بعد إسلام أحد الزوجين قبل الآخر، وإنّما ينبغي عليه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

أمّا آليه تبليغ الزوج، فعند إسلام الزوجة وحدها بعد الدخول، وبعد تسجيل إفادة الزوجة، وإشهارها الإسلام والنطق بالشهادتين، يُعرض الإسلام على الزوج إنْ كان كامل الأهلية ومميزًا؛ فإذا أسلم بقي زواجهما، أمّا إذا أبى فرّق القاضي بينهما؛ وإذا كان الزوج مجنونًا، فلا تنتظر لئلا تتضرر الزوجة بسبب عدم معرفة وقت الإفاقة، بل يُعرض الإسلام على الأبوين، فإذا أسلما، أو أسلم أحدُهما. بقي الزواج قائمًا، وإذا لم يُسلِم أبواه، أو كانا متوفيين فرّق بينه وبين زوجته، وعلى محكمة الأحوال الشخصية أنْ تبلّغ الزوج عند إشهار الزوجة إسلامها وحصولها على حجة إشهار الإسلام، وإذا لم تبلغه، فعليها أنْ تبلغه بذلك أثناء فترة مرافعة دعوى التفريق، وتؤجل المرافعة إلى بعد انتهاء فترة الإمهال. وإذا أسلم خلال هذه الفترة، فالزواج باقٍ، وإذا رفض فرّق القاضي بينهما، ومن تطبيقات القضاء العراقي، ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية: "أمّا إذا أسلمت الزوجة قبل الدخول فإن الزواج ينفسخ في الحال مباشرة لعدم وجود عدة للزوجة، ويترتب عليها سقوط جميع المهر حيث إن الزواج قد رُفع، وانقطعت الصلة بينهما فضلًا عن أنه لم يحصل دخول، فكأنّ العقد لم يوجد"[1].

وقد قضت محكمة التمييز أيضًا: "انتهاء العلاقة الزوجية بين زوجين مسيحيي الديانة لإعلان الزوجة إسلامها، تكون من انتهاء عدتها الشرعية، وعدم إسلام زوجها؛ فعند زواجها بزوج آخر مسلم، لا يحكم ثانية بفسخ العقد الأول، ما دامت قد اعتبرت مفرقة عن زوجها الأول بانتهاء عدتها الشرعية"[2].

الفرع الثاني: الفسخ لطروء حرمة المصاهرة

المصاهرة في اللغة: الصاد والهاء والراء أصلان أحدهما يدل على قربى، والآخر على إذابة شيء. فالأول الصهرُ وهو الختن، ولا يقال لأهل بيت الزوج إلا أختان، ولا لأهل بيت المرأة إلا أصهار،

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٢٢٢/ شخصية/ ٢٠٠١ في ٢٠٠١/٣/١؛ ينظر: عباس زياد السعدي، الطلاق وأحكامه وأثاره، مرجع سابق، ص١٠٥-١٠٦.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العدد ١٧٤٢: الهيئة الشخصية/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١١/٥؛ ينظر: النشرة القضائية تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية- مجلس القضاء الأعلى، بغداد، العدد (٧)، حزيران، ٢٠٠٩م، ص١٠.

الأصهارُ التَحرُّمُ بجوار أو نسب أو تزوج[١].

أما في الاصطلاح: فهي حرمة أنكحة أشخاص معينين تربطهم رابطة معينة بأحد الزوجين، وتتحقق هذه الرابطة في أربعة أشياء: زوجة الابن، وبنت الزوجة، وزوجة الأب، وأم الزوجة؛ وهذه الحرمة قد تثبت لبعض الأشخاص بمجرد انعقاد عقد النكاح، بينما لا تثبت هذه للبعض الآخر بمجرد عقد النكاح، بل لا بُدّ أنْ يعقبه دخولٌ لثبوت هذه الحرمة[٢].

أوّلًا: فرق المحرمات بالمصاهرة في الشريعة الإسلامية

المحرمات بالمصاهرة أربع فرق، وهي: زوجة أصل الرجل، كالأب والجد وإنْ علا دخل بها أم لم يدخل؛ والفرقة الثانية: بنت الزوجة ويقال لها – الربيبة– وإنْ نزلت، تحرم على زوج الأم إذا دخل بأمها؛ والفرقة الثالثة: أم الزوجة وإنْ علت، بمجرد العقد على الزوجة يحرم على الرجل أمها وجداتها وإنْ علت، دخل بها أم لم يدخل؛ والفرقة الرابعة زوجة الفرع وإنْ نزل، دخل بها أم لم يدخل[٣].

والمرجع في تحريم هؤلاء جميعًا نصُّ القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿ولَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾[٤]، وكذلك قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾[٥].

حيث ذكرت الآية القرآنية الأولى المحرمات بالمصاهرة، أمّا الآية القرآنية الثانية فشملت المحرمات من النساء من نسب ورضاع ومصاهرة، والذي يعنينا هو التحريم بالمصاهرة، إذ ذكرت هاتان الآيتان المحرمات بالمصاهرة، ويمكن تفصيلها على الشكل الآتي:

---

(١) أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، ج٣، مصدر سابق، ص٣١٥؛ جمال الدين محمد بن كرم ابن منظور، لسان العرب، ج٤، مصدر سابق، ص٤٧١.

(٢) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، مصدر سابق، ص٦٠٨؛ محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، ج٥-٦، مصدر سابق، ص١٩٠-١٩١.

(٣) محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص١٠٥.

(٤) سورة النساء، الآية ٢٢.

(٥) سورة النساء، الآية ٢٣.

الفرقة الأولى: زوجة الأب

قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾[١]. المقصود بزوجة الأب هنا التي عقد عليها عقد زواج صحيح، سواء دخل بها أم لم يدخل؛ لأن اسم النكاح هنا يقع على العقد وعلى الوطء، وتشمل زوجة الأب زوجات الأب والأجداد من الجهتين مهما علو، وعلى هذا الأساس يحرم الزوج بزوجة الأب وزوجة أحد أجداده، سواء كانوا لأبيه أو لأمه[٢].

الفرقة الثانية: بنت الزوجة (الربيبة)[٣].

قال تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[٤]. إذا دخل الرجل بالزوجة، حرّمت عليه بناتها، أمّا إنْ لم يدخل بها، ثم فارقها بالطلاق أو الوفاة، فلا تحرم البنت، ولا واحدة من فروعها على الزوج، سواء كانت بنت الزوجة ساكنة في بيت زوج أمها أم لا، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء[٥]. أمّا الظاهرية، فعندهم لا تُحرم الربيبة على زوج أمها إلّا إذا كانت في حجره، ودخل بأمها لقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ..﴾ فلم يحرم الله تعالى الربيبة –بنت الزوجة– إلّا بالدخول بأمها وأن تكون في حجره، فلا تحرم عندهم إلّا بهذين الشرطين[٦]، والمقصود﴿فِي حُجُورِكُمْ﴾ في الآية الكريمة، أي في تربيتكم أو بيوتكم[٧] .

الفرقة الثالثة: أم الزوجة

قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾[٨]. تحرم على الرجل أمّ الزوجة وإنْ علت، سواء كانت جدّتها

---

(١) سورة النساء، الآية ٢٢.

(٢) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، مصدر سابق، ص٤٢١ وما بعدها؛ محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، ج٥-٦، مصدر سابق، ص١٩٠؛ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج٣، مصدر سابق، ص٢٥١-٢٥٢؛ محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص٣١؛ ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٣، مصدر سابق، ص٢٨.

(٣) الربائب: جمع ربيبة، وهي بنت المرأة من رجل آخر، وسمّيت ربيبة؛ لأن زوج أمّها يقوم بتربيتها، ويرعى شؤونها؛ ينظر في هذا الصدد: وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج٨، مرجع سابق، ص١٣٨.

(٤) سورة النساء، الآية ٢٣.

(٥) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، مصدر سابق، ص٤١٧-٤١٨؛ محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص١٧٧؛ محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج٣، مصدر سابق، ص٢٠٩؛ ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٧١-٧٢؛ محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص٣٢.

(٦) ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، ج٩، مصدر سابق، ص١٤٠.

(٧) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٦، مرجع سابق، ص٢١٤.

(٨) سورة النساء، الآية ٢٣.

من جهة أبيها أو أمها، دخل بها الزوج أم لم يدخل، فبمجرد العقد على الزوجة يحرم أصولها على الرجل، ولو بعد طلاق أو موت[١].

الفرقة الرابعة: زوجة الابن

يحرم الزواج بزوجة الابن، وزوجة ابن الابن، وزوجة ابن البنت وإن نزلت، بمجرد العقد، سواء دخل بها أم لم يدخل، لإطلاق الآية: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ﴾[٢]، بشرط أنْ يكون الولد من صلب الرجل وإنْ نزل[٣]، باستثناء الولد المتبنى، فهو أجنبي لقوله تعالى: ﴿مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾[٤]، فتحل زوجته بعد فرقها وانقضاء عدتها لمن تبناه، إذ كان أهل الجاهلية يتبنون الأولاد ويحرمون زوجة المتبني، فأبطل الإسلام التبني، وحرّمه، وأحل الزواج من زوجة المتبنى، فقال تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ۝ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾[٥].

أما بالنسبة إلى أثر الوطء المحرم في حرمة المصاهرة

الوطء المحرم المحض هو الزنا[٦]، فإذا حصلت علاقة غير مشروعة – زنا– بين رجل وامرأة، فهل تثبت حرمة المصاهرة بين الفرق المحرمة بالمصاهرة أم لا؟ فللفقهاء في حرمة المصاهرة قولان:

القول الأوَّل: ذهب أصحاب هذا القول إلى أنّ الوطء المحرم–الزنا– تثبت به حرمة المصاهرة، فإذا زنى رجل بامرأة، فإنّ هذا الزنا ينشر الحرمة بين الزاني وأصول وفروع المزني بها، وهذا هو قول

---

(١) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، مصدر سابق، ص٤١١ وما بعدها؛ محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، ج٥–٦، مصدر سابق، ص١٩١؛ محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص٣١–٣٢؛ ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٧١؛ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج٣، مصدر سابق، ص٢٥٢.

(٢) سورة النساء، الآية ٢٣.

(٣) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، مصدر سابق، ص٤١٩؛ محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٥، مصدر سابق، ص١٧٧؛ محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج٤، مصدر سابق، ص٣١؛ ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٧١؛ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج٣، مصدر سابق، ص٢٥١–٢٥٢.

(٤) سورة النساء، الآية ٢٣.

(٥) سورة الأحزاب، الآية٤–٥.

(٦) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج٦، مرجع سابق، ص٢٤٤.

الحنفية[١]، والحنابلة[٢]، ورأي للجعفرية[٣] .

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾[٤]، قالوا: والوطء يُسمّى نكاحًا، فيدخل في عموم الآية: ﴿إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلا﴾ وهذا التغليظ إنما يكون في الوطء[٥].

القول الثاني: إنّ حرمة المصاهرة لا تثبت بالزنا، فمَنْ زنا بامرأة لا يحرم عليه نكاحها، ولا الزواج بأمها أو ابنتها، ولا تحرم المزني بها على أصول الزاني وفروعه وهو قول المالكية[٦]، والشافعية[٧]، ورأي للجعفرية بشرط أنْ يكون الزنا بعد العقد، فلا أثر للزنا الطارئ بعد العقد[٨].

واستدلوا على ذلك، بأنَّ النبي(ﷺ) سُئل عن رجل زنى بامرأة، فأراد أن يتزوجها أو يتزوج ابنتها، فقال: "لا يحرم الحرامُ الحلالَ، إنما يحرم ما كان بنكاح". بالإضافة إلى أنّ المصاهرة تعتبر نعمة؛ لأنَّها تلحق الأجانب بالأقارب، وفي حديث: "المصاهرة لحمة كلحمة النسب"، فكيف تثبت بما هو محضور شرعًا؟ [٩].

حكمة تحريم المصاهرة:

وُضِعت الشريعة الإسلامية، إمّا لجلب النفعة، وإمّا لدفع مضرة، وربما ظهرت الحكمة من عدد من الأحكام، وخفيت في الأحكام الأخرى، ويمكن القول: إن الحكمة من تحريم المصاهرة للفرق الآنفة الذكر، هي:

١- الإبقاء على علاقة القرابة؛ لأنا لو أبَحْنا للابن أنْ يتزوج زوجة أحدِ أصوله بعد طلاقها، أو أبَحْنا للأب أنْ يتزوج زوجة أحد فروعه بعد طلاقها، لأدّى ذلك إلى وجود عداوات وخصوماتٍ بين الآباء

---

(١) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، مصدر سابق، ص٤٢١؛ أحمد محمود الشافعي ورمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص١٤٢.

(٢) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص١١٩؛ ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج٥، مصدر سابق، ص٧٢.

(٣) قال الإمامية: الزنا قبل العقد يوجب تحريم المصاهرة، فمَنْ زنا بامرأة، فليس لأبيه ولا لابنه أنْ يعقد عليها؛ ينظر في هذا الصدد: محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، ج٥-٦، مصدر سابق، ص١٩٣.

(٤) سورة النساء، الآية ٢٢.

(٥) ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص١١٨.

(٦) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج٣، مصدر سابق، ص٢٥٥.

(٧) أبو اسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب في فقه الأمام الشافعي، ج٢، مصدر سابق، ص٤٤٠.

(٨) قال الإمامية: الزنا الواقع بعد العقد، لا يوجب التحريم، فمَنْ زنا بأم زوجته أو بنتها تبقى الزوجية على حالها؛ ينظر في هذا الصدد: محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، ج٥-٦، مصدر سابق، ص١٩٣.

(٩) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج١٠، مرجع سابق، ص١٤٠-١٤١.

والأبناء؛ لأن الابن قد يرغب في إعادة زوجته إليه، فيجد أنّ الوالد قد قطع الطريق عليه بزواجه منها، وكذلك لو أبَحْنا للرجل أنْ يتزوج من أصول زوجته لأدَّى ذلك إلى انفتاح باب الطمع والتطلع إليهن، وقد يؤدي هذا إلى انحلال رابطة الزوجية بين الرجل وزوجته، وإنشاء علاقة زوجية أخرى، وهذا يؤدي أيضًا إلى وقوع العداوات بين الأصول والفروع، وكذلك يؤدي إلى قطع الرحم؛ وكل ما يؤدي إلى قطع الرحم تحرّمه الشريعة الإسلامية[١]. وكما قال الإمام الدهلوي: إنّ منع التنازع والتصارع الذي قد يحدث بين الأقارب من هذا النوع إمّا بفك ارتباط زوجة بزوجها وإما بالتنازع على زوج[٢].

٢- إذا تزوجت المرأة رجلًا أصبحت فردًا في أسرته، أبوه كأبيها، فلا يمنع الوالد من مخالطة زوجة ابنه، وابنه كابنها، فلا يستغني الولد عن مخالطة زوجة ابيه، ومثلها في ذلك الرجل، فبزواجه تُصبح أم الزوجة كأمه، وبنتها كبنته، وهذا ما ينادى به عرف الناس في واقع حياتهم، ولولا هذه الحرمة لتولد بين هؤلاء جميعًا الطمع في الصلات غير المشروعة، نتيجة المخالطة الحتمية، فكان التحريم من جهة التأبيد قطعًا لهذه الأطماع [٣].

بالإضافة إلى ذلك فإنّ للتقدم العلمي في علوم الوراثة دورًا كبيرًا في عصرنا الحاضر، وقد صاحب ذلك التقدم اكتشاف كثير من الحقائق العلمية التي لم تكن مفهومة في العصور الماضية، إذ كشف الطب الحديث أنّ الزواج بالأقارب يزيد احتمال الإصابة بالعيوب الأمراض، التي تؤدي بدورها إلى إنتاج نسل ضعيف، إذ إنّ من حق الطفل أنْ يولد سليم البدن والعقل[٤].

خلاصة القول إن اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه، كاتصال الزوج بأم زوجته، أو إحدى أصولها أو اتصل مع بنت زوجته في حالة الدخول بأمها، أو اتصل الزوج بزوجة أصله كالأب والجد، أو زوجه الفرع وإن نزل، ويلحق بذلك الوطء المحرم عند مذهبي الحنفية والحنابلة ورأي للجعفرية إذا كان الزنا قبل الدخول، فإنْ حدث مثل هذا الشي فإنّ الفرقة تقع في الحال، وتكون فرقة فسخ، ولا تتوقف على القضاء[٥]. خلافًا للشافعية والمالكية ورأي آخر للجعفرية الذين قالوا: إن الزنا لا يترتب عليه حرمة بين الزوجين هو الرأي الذي نميل إليه.

---

(١) محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، مرجع سابق، ص٧٨.

(٢) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج١٠، مرجع سابق، ص١٣٩.

(٣) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص١٩٦-١٩٧.

(٤) أحمد شوقي إبراهيم، زواج الأقارب، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني الخاص بمجلة المنال، قسم البحوث الدراسات: http: //almanalmagazine، آخر زيارة: يوم٢٠١٤/٨/١٢.

(٥) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص١٩.

ثانيًا: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي

يشترط في صحة انعقاد الزواج، أنْ يكون العقد ورادًا على محل قابل لحكمه، ولا يكون على محل قابل لحكمه، إلّا إذا كان المعقود عليها امرأة غير محرمة على الرجل، بأي سبب كان من أسباب التحريم المؤقت أو المؤبد، وقد عالج قانون الأحوال الشخصية العراقي هذا الموضوع في الفصل الأول من الباب الثاني تحت عنوان "المحرمات وزواج الكتابيات"، إذ نصَّت المادة (١٢) من قانون الأحوال الشخصية على أن: "يشترط لصحة الزواج أنْ تكون المرأة غير محرمة شرعًا على مَنْ يريد التزوج منها" أما أسباب التحريم فقد بينتها المادة (١٣) منه: "أسباب التحريم قسمان مؤبدة ومؤقتة فالمؤبدة: هي القرابة والمصاهرة والرضاع والمؤقتة: هي الجمع بين زوجات يزدن على أربع وعدم الدين السماوي والتطليق ثلاثًا وتعلق حق الغير بنكاح أو عدة، وزواج إحدى المحرمات مع قيام الزوجية بالأخرى".

أمّا التحريم بالمصاهرة فقد نصَّت المادة (١٥) على أنه: "يحرم على الرجل أنْ يتزوج بنت زوجته التي دخل بها وأم زوجته التي عقد عليها وزوجة أصله وإنْ علا وزوجة فرعه وإنْ نزل"؛ ومن خلال هذه النصوص يتضح لنا أنّ القانون اشترط لصحة عقد الزواج أنْ تكون المرأة خالية من الموانع، أي يجب أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريمًا مؤبدًا ولا مؤقتًا؛ وقد بينت المادة (١٥) من القانون المحرمات بسبب المصاهرة وقد صنفتها إلى أربعة أصناف:

١- زوجة الأب والجد وإنْ علا، سواء كانت مدخولًا بها منهما، أو معقودًا عليها فقط.

٢- زوجة الابن وابن الابن وإنْ نزل، سواء كانت مدخولًا بها منهما، أو معقودًا عليها فقط.

٣- أم الزوجة وجدتها وإنْ علت، سواء كانت الزوجة مدخولًا بها، أم معقودًا عليها فقط.

٤- بنت الزوجة (الربيبة) وبناتها وبنات أولادها إذا دخل بأمها، فإنْ عقد على الأم ثم فارقها قبل الدخول فليست بناتها محرمات عليه.

ولم نجد في قانون الأحوال الشخصية العراقي مادة تنص على فسخ عقد الزواج في حالة حصول حالة من الحالات المذكورة أعلاه، لكن بالرجوع إلى النصوص أعلاه نجد أنّ الحرمة نوعان: مؤبدة ومؤقتة، والحرمة بالمصاهرة تندرج تحت نوع الحرمة المؤبدة، لذلك لا يمكن تصور وقوع الطلاق، سواء كان بائنًا أم رجعيًّا، لذلك في حالة حدوث حرمة المصاهرة فإنها تؤدي إلى فسخ العقد، وتنطبق عليه أحكام فسخ عقد الزواج، ولا تلزم المرأة عدة، ولا يستطيع الزوج مراجعتها بعد الفسخ.

الخاتمة

أوّلًا: النتائج

١- للزوجة الحقّ في طلب حل الرابطة الزوجية بما أثبته الإسلام لها من حقٍّ في العيش بمعروف من غير ضرر ولا ضرار، بِغضِّ النظر عن مصدر شقائها، أهو قصد الزوج بإرادته، أو عدمه بغير إرادته، كأنْ يُصاب بعلة منفرة أو عاهة تمنع حصول الزوجة على حقوقها المقصودة في الزواج المشروع، أو يُصاب بمصيبة فيُحبس، أو يُفقد؛ فمفهوم الضرر وضابطه أوسعُ مِنْ أنْ ينحصر في ما يقصده الرجل من الإضرار بالزوجة؛ وعليه للزوجة طلب التفريق إذا أرادت مفارقة زوجها بشرط أن تؤسس طلبها على الحالات المذكورة في المواد (٤٠-٤١-٤٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وإذا لم تستطع فتح المشرع لها مسلكًا آخر يُمكِّنها مَنْ اللجوء إليه ألا وهو الخلع بشرط أنْ تدفع لزوجها مقابل افتداء نفسها منه وفق المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

٢- جَعَلَ قانونُ الأحوال الشخصية العراقي العصمةُ بيد الزوج، وأعطاه الحقّ في إنهاء الرابطة الزوجية وفقًا لإرادته وطبقًا لمشيئته؛ وفي المقابل لم يهمل حقّ المرأة في هذا الجانب، حيث أجاز لها طلبَ حلّ الرابطة الزوجية عند كلِّ ضررٍ معتبرٍ شرعًا وقانونًا، أو عندما تتفق إرادتها مع إرادة الزوج، أي أنْ تتفق مع زوجها على إنهاء هذه العلاقة مقابل أنْ تفتدي نفسَها بالمال، وهو ما يُسمّى بالمخالعة؛ ومن الممكن إنْ يقع بإرادة الزوجة إنْ فُوضت به؛ كما أجاز لها حقَّ حلِّ الرابطة الزوجية عن طريق الفسخ في حال وجود عارضٍ يمنع بقاء النكاح، أو أمرٍ يقترن بإنشاء العقد.

٣- مَنَحَ قانونُ الأحوال الشخصية المهلةَ للزوج غير المُنفق على زوجته مهلةً يجب عليه خلالها سداد النفقة، تحت طائلة التفريق لعدم الإنفاق، وفي هذه المهلة يكون قانون الأحوال الشخصية العراقي أعطى للزوج فرصةً قبل تنفيذ حكم التفريق، كون حُكْم الشرع جاء خاليًّا من هذه المهلة، إذ تستطيع الزوجة حقّ طلب الرابطة الزوجية في حال تضررها ماديًّا، كعدم القدرة على الإنفاق؛ فقد أمهل القانونُ الزوجَ الممتنع عن الإنفاق إعسارًا أو تعنتًا مدة ستين يومًا قبل التفريق، وإذا أمكن تحصيل النفقة خلال هذه المدة لا يفرق القاضي بينهما. أما إذا كان للزوج مال ظاهر، أو امتنع عن تسديد النفقة المتراكمة ضمن المهلة القانونية، وهي ستون يومًا، فإنّ للمحكمة أنْ تلبي طلب الزوجة في التفريق البائن بينونة صغرى.

٤- يعتبر قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل في المادة (٤٥) أنّ التفريق لعدم الإنفاق هو طلاق بائن بينونة صغرى؛ وهذا معناه أنّ الزوج لا يستطيع إعادة الزوجة إلى عصمته إلّا بعقدٍ ومهرٍ جديدَيْن؛ وفي هذا تكليفٌ مضاعفٌ للزوج كونُه أصلًا قد افترق لعدم الإنفاق، وهو سبب مالي؛ الأمر الذي جعل المشرع يضاعف العبء المالي عليه، وذلك بتكليفه بقعدٍ ومهرٍ جديدَيْن إلى جانب الوفاء بالإنفاق.

٥- لقد تبيّن أن غياب الزوج عن زوجته نوعان، هما: غيبةٌ إرادية، يبتعد فيها الزوج عن قصدٍ عن فراش الزوجية، وغيبةٌ لا إرداية، يبتعد فيها الزوج عن غير قصدٍ عن فراش الزوجية، كما هو الحال الفقدان أو الحبس، ويترتب على كليهما أنْ قانون الأحوال الشخصية مَنَحَ الزوجة الحق في طلب حل الرابطة الزوجية مع اختلاف المدة بين كلا النوعين؛ ففي النوع الأول- هجر الزوج لفراش الزوجية- يحق للزوجة طلب التفريق بعد مضي مدة سنتين، أما النوع الثاني- فقدان الزوج أو حبسه- فيحق للزوج طلب التفريق بعد مضي أربع سنوات في حالة فقدان الزوج، وثلاثة سنوات في حالة سجنهِ.

٦- فرّق قانون الأحوال الشخصية العراقي بين التفريق للضرر والتفريق للشقاق: إذ أنه في التفريق للشقاق، أَمَرَ القاضي بتعين حَكَمَيْن لإصلاح ذات البين بين الزوجين، بالمقابل لا يوجد نص يأمر القاضي في التفريق للضرر الذي يصيب الزوجة دون عذر مبرر، لكن يمكن للقاضي تعيين حَكَمَيْن إذا رأى أنْ الضرر بسيط ويمكن إصلاحه.

٧- المعيار الذي يحق للزوجة من خلاله طلب حل الرابطة الزوجية لتضررها من زوجها، معيارٌ شخصيٌ، يختلف من زوجة لأخرى باختلاف البيئة والثقافة والوسط الاجتماعي؛ فيجب أنْ يكون ضررًا غير قابل للزوال، حيث يتعذّر معه استمرار الحياة الزوجية.

٨- تعيين الحَكَمَيْن مِنْ قِبل القاضي لم يكن هو الخطوة الأولى لفض النزاع بين الزوجين، بل سبقته خطوات عدّة، لم تثمر حتى انتهى الحال إلى الحكمين؛ ومن ضمن هذه الخطوات إحالة الزوجين إلى الباحث الاجتماعي.

٩- يجب على الزوجة التعجيل بإقامة دعوى التفريق للضرر المعنوي الذي أصابها جرّاء زواج الزوج بزوجة ثانية؛ لأن التراخي في إقامة الدعوى يُعدّ فترة تراضٍ من قِبلها، وتكون قد رضيت بهذا الزواج.

١٠- العيوب التي تصيب الزوجين ذُكرت على سبيل الحصر لدى جمهور الفقهاء، باستثناء رأي واحد للحنفية، الذي لم يحدّد العيوب؛ في حين اكتفى قانون الأحوال الشخصية العراقي بالإشارة إلى مبدأ عام، وإنْ ذكر بعض العيوب والعلل، إلّا أنها ليست على سبيل الحصر، وهو ما يعود تقديره

لسلطة قاضي الموضوع، فيمنح القاضي سلطة واسعة في تقدير وجود العيب من عدمه دون التقيّد بنص مسبق.

١١- للزوجة حق في طلب حل الرابطة الزوجية إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، فتستطيع الزوجة طلب حل الرابطة الزوجية مباشرةً، وذلك بحكمٍ قضائيٍّ؛ وفي هذا مسارعة في مَنْحِ الزوجة هذا الحق، وحرمان للزوج من فرصة استعادة زوجته في ما لو تبين لاحقًا أسباب جديدة تؤدي للأفراج عنه، خصوصًا لأسباب مثل العفو أو البراءة أو ظهور أدلة جديدة توجب إعادة المحاكمة ونحو ذلك.

١٢- أصاب المشرّع العراقي في مسألة التفويض الطلاق إلى الزوجة، إذ أنّه ترك تفاصيل أحكامه إلى فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث تستطيع الزوجة أنْ تُكيّف الطلاق حسب مصلحتها، لأن الزوجة لا تستعمل هذا الحق إلّا لدفع الضرر والأذى عنها.

١٣- اختلف العلماء في الخصال التي ينبغي اعتبارها في الكفاءة، وقد تبيّن لنا من خلال الدراسة أنّ الخصلة الوحيد التي جاءت بها النصوص صريحةً بها هي الصلاح في الدين؛ فاتفق جميع الفقهاء على اعتبارها من خصال الكفاءة، أمّا سواها فقد اختلفوا على اعتبار بعضها دون بعض، ومرجع الفقهاء في ما يعتبر بالكفاءة وما لا يعتبر هو العُرف، أمّا قانون الأحوال الشخصية العراقي فلم يتضمن نصًّا صريحًا يشير إلى الكفاءة في الزواج، إذ قضى في المادة الأولى بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية، إلّا أنه أشار إلى عدد من الصفات المعتبرة التي يمكن أن نستشفها من نصوصه؛ إلّا أن ذلك لا يكفي، إذ أن الحكمة من تشريع الكفاءة هي لدفع الضرر عن الزوجة وأهلها؛ فتقتضي مصلحة الزوجة أنْ يكون الزوج كفؤًا لها؛ بالإضافة إلى رجوع القاضي إلى الشريعة الإسلامية، يجب أنْ يُمنح سلطة تقدير الكفاءة من عدمه، لأن الكفاءة ومعايرها تتغيّر بتغيّر العرف والمكان والزمان.

١٤- على الزوجة أن لا تتراخى في إقامة دعوى خيار البلوغ فور بلوغها الثامنة عشر من العمر وفق المادة (٤٠) الفقرة (٣)، لأنّ هذا الحق لا يدوم طويلًا، فسكوتها يعبر عن رضاها بهذا الزواج.

١٥- للحدّ من ظاهرة الطلاق، وقبل البت في دعاوى الطلاق وإجراءتها، يحيل القاضي الزوجين إلى مكتب البحث الاجتماعي، لإصلاح ذات البين وتقريب وجهات النظر بينها.

ثانيًا: المقترحات

١- نميل إلى الطلب من المشرع العراقي أنْ يعود إلى على الوضع الذي كان عليه قبل تعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي بالرقم (٢١) لسنة ١٩٧٨، وأنْ يعتبر التفريق لعدم الإنفاق طلاقًا رجعيًّا، لكي يجنّب الزوج العبء المالي الجديد، ولكي يعطي فرصةً للزوج الموسر الممتنع عن الإنفاق تعنتًا، فإذا ندم على عدم إنفاقه والتسبب بفعله هذا، هدم الرابطة الزوجية. أو قد يمنُّ الله على الزوج المعسر العاجز عن الإنفاق بعد التفريق وخلال العدة، فإعطاء المجال للرجعة أولى من سد الباب بوجه الزوج.

٢- نرى من الأفضل أنْ يضيف المشرّع نصًّا يمنح فيه القاضي إرسال حَكَمَيْن إلى الزوجين في حالة التفريق للضرر، على غرار التفريق للشقاق، إذ يوجد بعض الأضرار التي يمكن إصلاحها؛ فلا يصح التسرع في هدم الأسرة.

٣- نطمح من المشرع العراقي أنْ يقوم بتعديل نص المادة (٤٣- أوّلًا) الفقرة (١) من قانون الأحوال الشخصية، فيقوم المشرّع بالتريث في منح الزوجة حق التفريق؛ فبدلًا من منحها هذا الحق مباشرةً بعد صدور الحكم بحق زوجها، نقترح أنْ يقوم بمنحها هذا الحق بعد مرور سنة من صدور الحكم.

٤- لم ينص قانون الأحوال الشخصية العراقي على الكفاءة ومعيارها، وحق المرأة في فسخ عقد الزواج لعدم كفاءة الزوج؛ إذ كان عليه أنْ لا يكتفي بإحالتها إلى الشريعة الإسلامية فقط؛ فهذا الموضوع يُعتبر من المواضيع الخطيرة، فقد يوهم الزوجُ الزوجةَ وأهلها بأنَّه كفء وموسر الحال، لكن قد يتّضح بعد الزواج عكس كذلك، فيجب أنْ يُمنح القاضي سلطة تقدير الكفاءة من عدمها، لكون الكفاءة ومعايرها تتغير من مكان لآخر ومن زمان لآخر.

٥- اعتبر قانون الأحوال الشخصية العراقي إكراهَ الزوجةِ على الزواج باطلًا إذا لم يتم الدخول، وصحيحًا إذا تم الدخول، ونرى أنْ يتمّ اعتبار هذا العقد موقوفًا لرعاية مصلحة العاقد المُكرَه، ويجب أنْ يعطى المكرَه الحقَّ بالمطالبة بالأضرار المادية والمعنوية، التي أصابته جراء هذا الزواج.

٦- تعديل نص المادة (٤٠) الفقرة (٢) لكلٍّ من الزوجين طلب التفريق: "إذا ارتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية، ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسة الزوج فعل اللواط بأي وجه من الوجوه"، نرى أنْ يتم تعديل هذه المادة بما يلائم الواقع الحالي، إذ أن كثيرًا من حالات الطلاق وقعت بسبب ارتكاب الزوج الخيانة الزوجية عن طريق الهواتف النقالة والإنترنت.

٧- لم يعالج المشرّع العراقي حقَّ المرأة طلب حل الرابطة الزوجية في حالة نقصان مهرها عن مهر المثل، وإنما أحال ذلك إلى الشريعة الإسلامية، لذا نقترح أنْ ينصّ المشرّع نصًّا يعطي المرأة هذا الحق حتى يمتنع الأزواج عن التلاعب بهذا الحق المادي للزوجة، وهذا ما نص عليه القرآن الكريم والسنة النبوية، وأجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

٨- لم يعتبر قانون الأحوال الشخصية العراقي رِدّة الزوج سببًا من أسباب التفريق، إذ كان من الأولى أنْ يعطي الحق للزوجين بفسخ عقد الزوج في حال رِدّة أحد الزوجين عن الإسلام، فهي من الأمور الخطيرة.

٩- لم يعالج قانون الأحوال الشخصية فسخَ عقدَ الزواج في الحال؛ وذلك في حالة طروء حرمة المصاهرة، إذ كان من الأولى أنْ ينصّ على مادة تفسخُ عقد الزواج، ولا يتصور بعدها عودة الحل بين الزوجين.

١٠- نقترح على المشرّع أن يضع نصًّا في قانون الأحوال الشخصية يتضمن إرسال الزوجين إلى مكتب البحث الاجتماعي، لما له من دور إصلاح ذات البين، وتقليل حالات الطلاق.

١١- نرى من الأفضل تعديل نص المادة (٤٠) الفقرة الخامسة المتعلقة بإعطاء الزوجة طلب التفريق إذا تزوج زوجها بزوجة ثانية دون إذن من المحكمة، دون ذكر هل أن الزوجة تستطيع إقامة هذه الدعوى على التراخي أم لا، فيحب إضافة عبارة إلى المادة: "بعد مدة ستة أشهر من تاريخ علمها بزواجه".

١٢- نقترح على المشرع أنْ يقيّد نصّ المادة (٤٠) الفقرة (٣)، التي تعطي الزوجة حل الرابطة الزوجية فور بلوغها سن الرشد؛ وذلك بتحديد فترة إقامة الدعوى خلال سنة من يوم بلوغها سن الرشد.

المصادر والمراجع

- **القرآن الكريم**

❖ **المصادر**

أوّلًا: المعاجم اللغوية:

١- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، من دون سنة نشر.

٢- أبو النصر إسماعيل بن حماد الجواهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٧م.

٣- أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٧٩م.

٤- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة نشر.

٥- أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم لكتب، القاهرة، ٢٠٠٨م.

٦- جمال الدين محمد بن كرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ.

٧- الرصاع التونسي، شرح حدود ابن عرفه، المكتبة العلمية، تونس، ١٣٠٥هـ.

٨- زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، ط٥، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت، ١٩٩٩م.

٩- علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣م.

١٠- مجد الدين أبو سعيدات المبارك، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م.

١١- مجد الدين محمد يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٥م.

١٢- محمد بن أحمد الأزهري الهروي، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١م.

١٣- محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٨م.

ثانيًا: كتب التفسير:

١- أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، من دون مكان نشر، ٢٠٠٠م.

٢- أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.
٣- عبد الكريم يونس الخطيب، التفسير القرآني للقرآن، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠م.
٤- محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م.
٥- محمد بن محسن بن مرتضى الفيض الكاشاني، تفسير الصافي، ط٢، مكتبة الصدر، طهران، ١٤١٦هـ.
٦- وهبة الزحيلي، التفسير الوسيط، دار الفكر، دمشق، ١٤٢٢هـ.

ثالثًا: كتب الأحاديث:

١- أبو داود سليمان السجستاني، سنن أبي داود، المكتبة العصرية، بيروت، من دون سنة نشر.
٢- أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م.
٣- جمال الدين الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، مؤسسة الريان للطباعة، بيروت، ١٩٩٧م.
٤- عبد الحسين أحمد الأميني، الغدير في الكتاب والسنة والأدب، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٧م.
٥- عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ.
٦- محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم، ١٤١٤هـ.
٧- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، دار الحديث، مصر، ١٩٩٣م.
٨- محمد بن علي الصدوق، من لا يحضره الفقيه، ط٢، منشورات جماعة المدرسين، قم، ١٤٠٤هـ.
٩- مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، دار أحياء التراث العربي، بيروت، من دون سنة نشر.
١٠- ميرزا حسين النوري، مستدرك الوسائل، ط٢، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، بيروت، ١٩٨٨م.

رابعًا: كتب الفقه:

أ: كتب الفقه الحنفي:

١- أبو محمد محمود بن أحمد العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م.
٢- عبد الوهاب الخلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ١٩٩٠م.

٣- علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م.

٤- كمال الدين محمد ابن همام، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، من دون سنة نشر.

٥- محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢م.

٦- محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م.

ب: كتب الفقه مالكي

١- ابن جزي الغرناطي، القوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٦م.

٢- ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، دار القلم، بيروت، من دون سنة نشر.

٣- أبو البركات أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الأمام مالك، دار المعارف، مصر، ١٩٩١م.

٤- أبو العباس شهاب الدين القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م.

٥- أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤م.

٦- أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩م.

٧- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، ٢٠٠٥م.

٨- مالك بن أنس الأصبحي المدني، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.

٩- محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ١٤١٧هـ.

١٠- محمد بن عبد الباقي المصري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج٤، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة ٢٠٠٣م.

١١- محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، من دون سنة نشر.

ج: كتب الفقه الشافعي:

١- أبو اسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب في فقه الأمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥م.

٢- أبو الحسن علي الماوردي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩م.

٣- أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الأمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤م.

٤- أبو عبد الله محمد الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٠م.
٥- شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤م.
٦- محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ط٣، دار القلم، دمشق، ٢٠١١م.
٧- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.
٨- مصطفى الخن ومصطفى البغا وعلي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الأمام الشافعي، ط٤، دار القلم والطباعة، دمشق، ١٩٩٢م.

د: كتب الفقه الحنبلي:

١- إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م.
٢- ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة نشر.
٣- ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.
٤- ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، مصر، ١٩٦٨م.
٥- أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣م.
٦- عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، من دون سنة نشر.
٧- علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط٢، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٦٠م.
٨- محمود بن أحمد بن الحسن، الهداية على مذهب الأمام أحمد، مؤسسة غراس، الكويت، ٢٠٠٤م.
٩- موسى بن أحمد الحجاوي، الإقناع على مذهب الأمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة نشر.

هـ: كتب الفقه الإمامي

١- ابن إدريس الحلي، السرائر، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٠هـ.
٢- أبو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين، مطبعة مهر، قم، ١٤١٠هـ.
٣- أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الأمامية، المطبعة الحيدريه، طهران، ١٣٨٧هـ.
٤- أبي منصور الحسن بن يوسف الحلي، قواعد الأحكام، مؤسسة النشر الإسلامي، طهران، ١٤١٩هـ.
٥- بهاء الدين محمد الفاضل الهندي، كشف اللثام، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٢٠هـ.

٦- جعفر بن الحسن الحلي، المختصر النافع، ط٣، مؤسسة البعثة، طهران، ١٤١٠هـ.
٧- جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام، ط٢، مطبعة أمير قم، طهران،١٤٠٩هـ.
٨- الحسن بن يوسف الحلي، مختلف الشيعة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٨هـ.
٩- زين الدين بن علي العاملي، مسالك الأفهام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ١٤١٦هـ.
١٠- عبد الكريم رضا الحلي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، دار الرقي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٥م.
١١- علي السيستاني، المسائل المنتخبة، من دون دار نشر، قم، من دون سنة نشر.
١٢- علي السيستاني، منهاج الصالحين، من دون دار ولا مكان ولا سنة نشر.
١٣- محمد بن جمال الدين العاملي وزين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مؤسسة الأعلمين للمطبوعات، بيروت، من دون سنة نشر.
١٤- محمد جواد مغنية، فقه الأمام جعفر الصادق، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر، قم، ٢٠٠٠م.
١٥- محمد حسن الجواهري، جواهر الكلام، دار الكتب الإسلامية، طهران، ١٣٦٦هـ.
١٦- محمد حسين فضل الله، فقه الشريعة، دار الملاك، بيروت، ٢٠٠٦م.
١٧- محمد صادق الروحاني، فقه الصادق، ط٣، دار الكتاب، قم، ١٤١٤هـ.
١٨- محمد صادق الصدر، مسائل وردود، دار ومكتبة البصائر، بيروت، ٢٠١٠م.
١٩- محمد كاظم اليزدي، العروة الوثقى، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٢٣هـ.

❖ المراجع

أوّلًا: المراجع العامة

١- ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، من دون سنة نشر.
٢- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٩م.
٣- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٨م.
٤- أحمد محمود الشافعي ورمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
٥- أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦م.
٦- أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، ط٢، دار الرسالة، القاهرة، ٢٠٠٨م.
٧- باقر القرشي، نظام الأسرة في الإسلام، دار الأضواء، بيروت، ١٩٨٨م.

٨- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ١٩٦١م.
٩- حسين خلف الجبوري، فرق النكاح وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية، مطبعة الحرية، بغداد، ١٩٧٤م.
١٠- رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧.
١١- رفيف محمد عبد الحكيم الصافي، نقاط الافْتراق في الطلاق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١م.
١٢- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١١م.
١٣- زينب عبد السلام أبو الفضل، العرض القرآني لقضايا النكاح والفرقة، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٦م.
١٤- سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٧م.
١٥- عادل عبد الرزاق القره غولي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩م.
١٦- عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، ١٩٩٧م.
١٧- عبد الحافظ الكبيسي، ويسألونك عن المرأة، ط٢، مطبعة الحوادث، بغداد، ١٩٨٨م.
١٨- عبد الحسيب سند عطيه، الإكراه وأثره على إرادة المكره في الأفعال الجنائية والتصرفات الشرعية والعقود المالية في الفقه الإسلامي، مكتبة ومطبعة الغد للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠١م.
١٩- عبد الحكم فوده، أحكام الزواج والطلاق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١م.
٢٠- عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الثقافة، بيروت، ١٩٧٤م.
٢١- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٦م.
٢٢- عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٠هـ.
٢٣- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٣م.

٢٤- عبد الملك السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون، ط٣، دار الأنبار، بغداد، ١٩٨٩م.

٢٥- عبد الودُود السريتي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٣م.

٢٦- عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٦٠م.

٢٧- عزت مصطفى الدسوقي، أحكام جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، ١٩٩٩م.

٢٨- لطفي الشربيني، الطب النفسي وهموم الناس، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.

٢٩- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٠م.

٣٠- محمد أبو زهرة، شريعة القرآن من دلائل إعجازه، دار العروبة، القاهرة، ١٩٦١م.

٣١- محمد الغروي، الأحوال الشخصية على المذاهب الإسلامية الخمسة، مؤسسة العارف، بيروت، ٢٠٠٨م.

٣٢- محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية. دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤م.

٣٣- محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، دار الحديث، القاهرة، ٢٠١٠م.

٣٤- محمد سعيد عبد الرحمن، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١م.

٣٥- محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، ط٢، دار المنارة، جدة، ١٩٨٦م.

٣٦- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، ٢٠٠٧م.

٣٧- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط٤، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣م.

٣٨- مصطفى الرافعي، نظام الأسرة عند المسلمين والمسيحيين فقهًا وقضاءً، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، ١٩٩٠م.

٣٩- مصطفى الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط٤، المديرية العامة للمكتبات العامة، أربيل، ٢٠١١م.

٤٠- مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد، من دون سنة نشر.

٤١- منصور محمد منصور الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون، مطبعة الأمانة، القاهرة، ١٩٨٦م.
٤٢- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط٤، دار الفكر، سوريا، ١٩٨٦م.
٤٣- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٠م.

ثانيًا: المراجع القانونية:

١- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩م.
٢- أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، من دون سنة نشر.
٣- أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢م.
٤- أحمد علي الخطيب، حمد الكبيسي، محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، القسم الثاني، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠١٢م.
٥- أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد- الزواج والطلاق، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢م.
٦- أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية والفسخ والتفريق والخلع، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠٠٩م.
٧- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩م.
٨- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١م.
٩- أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسحية تشريعًا وفقهًا وقضاء، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨م.
١٠- جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العلمية، مطبعة الجاحظ، بغداد، ٢٠٠٦م.
١١- سالم رضوان الموسوي، تطبيقات القضاء العراقي في قانون الأحوال الشخصية، من دون دار نشر، بغداد، ٢٠١١م.
١٢- صباح صلاح الدين مصطفى، الطلاق الخلعي في القانون والشريعة الإسلامية، مطبعة الثقافة، أربيل، ٢٠١١م.

١٣- ضياء كاظم الكناني، انحلال الرابطة الزوجية في التشريع العراقي، من دون دار نشر، بغداد، ٢٠١٠م.

١٤- عباس زياد السعدي ومحمد حسن كشكول، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، من دون دار نشر، ولا مكان، ١٩٩٤م.

١٥- عباس زياد السعدي، الطلاق وأحكامه وأثاره، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠٠٢م.

١٦- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٩م.

١٧- عبد القادر إبراهيم علي وأحمد محمود عبد دعيبل، وجيز الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، دار الأصدقاء، بغداد، ٢٠١٠م.

١٨- علاء الدين خروفه، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٢م.

١٩- علي محمد إبراهيم الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، دار الحرية للطباعة، ١٩٨٩م.

٢٠- علي محمد لبن، الخلع شرعًا وقانونًا ومدى جواز تطبيقه على المسيحيين، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥م.

٢١- فاضل دولان، أحكام المفقود شرعًا وقانونًا وقضاء، دار الشؤون العامة، بغداد، ١٩٨٧.

٢٢- فريد فتيان، شرح قانون الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٨٣م.

٢٣- فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الأحوال الشخصية، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١١م.

٢٤- محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٢م.

٢٥- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م.

٢٦- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٣، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان، ٢٠١٠م.

٢٧- نظام الدين عبد الحميد، أحكام انحلال عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون العراقي، مطبعة بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٩م.

ثالثًا: رسائل وأطاريح

١- أسامة ذيب سعد، أثر الإكراه في عقد النكاح، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، قسم الفقه والتشريع- جامعة النجاح، فلسطين، ٢٠٠٦م.

٢- خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد الزواج، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون- الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، ٢٠٠٧م.

٣- عادل ناصر حسين، الالتزامات الزوجية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة النهرين، بغداد، ١٩٩٨م.

٤- ماجد حميد حمادة، التفريق بين الزوجين للردة وإباء الإسلام، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون-الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، ٢٠١٠م.

٥- نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية، ٢٠٠١م.

٦- يوسف عطا محمد علي، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في مقدمة إلى قسم الفقه والتشريع كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح، فلسطين، ٢٠٠٣م.

رابعًا: الموسوعات والمجلات القضائية:

١- إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم الأحوال الشخصية، مطبعة أسعد، ١٩٨٩.

٢- باسم محمد شهاب، عيوب الزوجية وأثرها في تقويض الروابط الأسرية، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد(٣)، السنة الثالثة والثلاثون، ٢٠٠٩م.

٣- تيسير أحميد عبل الركابي، جريمة الزنا ما بين القوانين الوضعية المصرية والشريعة الإسلامية، مجلة آداب البصرة، مجلة فصلية تصدر عن كلية الآداب- جامعة البصرة، العدد(٦٨)، ٢٠١٤م.

٤- حسن محمد كاظم، حيدر حسين كاظم، علي شاكر عبد القادر، التفريق للعيوب التناسلية للزوجين في القانون والشريعة، مجلة جامعة كربلاء العلمية. صادرة عن كلية الحقوق-جامعة كربلاء، المجلد (٧)، العدد(٣)، ٢٠٠٩م.

٥- حميد سلطان، حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، تصدر عن كلية التربية صفي الدين الحلي- جامعة بابل، مجلد(١)، العدد(١)، ٢٠٠٩م.

٦- حميد سلطان، حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، تصدر عن كلية التربية صفي الدين الحلي- جامعة بابل، المجلد (١)، العدد(١)، ٢٠٠٩م.

٧- دريد داود سلمان الجنابي، المبادئ القانونية الأحوال الشخصية في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، دار الكتب والوثائق، بغداد،٢٠١١م.

٨- رشا خليل عبد، حق الزوجين في الفرقة في ظل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مجلَّة الجامعة العراقية، تصدر عن مركز الدراسات والبحوث الإسلامية في الجامعة العراقية، بغداد، الإصدار الثالث، العدد (٢٦)، ٢٠١١م.

٩- طه صالح خلف حميد الجبوري، الإكراه على الزواج، مجلة الرافدين للحقوق مجلة فصلية تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد (١٥)، العدد(٥٣)، ٢٠١٢م.

١٠- عباس سهيل جيجان، الطلاق الخلعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية تصدر عن جامعة بابل، المجلد (٤)، العدد (١)، ٢٠١٢م.

١١- عبد الجبار زين العابدين، اثر عدم الإنفاق في الفرقة الزوجية، مجلة فصلية تصدر عن كلية الآداب- جامعة بغداد، بغداد، العدد (١٠١)، ٢٠١٢م.

١٢- القاضي رزاق جبار علوان، المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية- قسم الأحوال الشخصية، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١١م.

١٣- قحطان هادي عبد، الكفاءة في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية تصدر عن كلية التربية، جامعة تكريت، المجلد (١٤)، العدد (٦)، ٢٠٠٧م.

١٤- كوثر مهدي جاسم، حكم التفريق بين الزوجين بالعيوب والعلل، مجلة ديالى للبحوث الإنسانية تصد كلية تربية الأصمعي - جامعة ديالى، العدد (٤٣)، ٢٠١٠م.

١٥- مجلة التشريع والقضاء تصدر عن مجلس القضاء الأعلى، بغداد، العدد (٤)، ٢٠٠٩م.

١٦- مجموعة الأحكام العدلية، تصدر عن وزارة العدل- المكتب الإعلامي، العدد (٤)، السنة الثالثة عشرة، ١٩٨٢م.

١٧- محمد جاسم محمد، عقد الزواج في الفقه الجعفري وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مجلة جامعة ذي قار تصدر عن جامعة ذي قار، العدد (٢)، المجلد(٢)، ٢٠٠٦م.

١٨- محمود يونس الحديثي، أثر أتحاد المجلس في الخلع، مجلة أداب الفراهيدي تصدر عن كلية الآداب، جامعة تكريت- قسم اللغة العربية، العدد (٨)، ٢٠١١م.

١٩- النشرة القضائية تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية- مجلس القضاء الأعلى، بغداد، العدد (٧)، حزيران، ٢٠٠٩م.

٢٠- النشرة القضائية تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية- مجلس القضاء الأعلى، بغداد، العدد (١٣)، تموز، ٢٠١٠م.

٢١- النشرة القضائية تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية- مجلس القضاء الأعلى، بغداد، العدد (١١)، آذار، ٢٠١٠م.

٢٢- النشرة القضائية تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية- مجلس القضاء الأعلى، بغداد، العدد (١٣)، آذار، ٢٠١٠م.

٢٣- وسن كاظم الدفاعي، الطلاق الخلعي بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون العراقي، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، تصدر عن جامعة واسط -كلية القانون، العدد (١٦)، ٢٠١١م.

٢٤- الوقائع العدلية، مجلة نصف شهرية تصدر عن المكتب الإعلامي القانوني لوزارة العدل، بغداد، العدد (٣)، ١٩٨٧م.

٢٥- الوقائع العراقيَّة، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق، العدد (٢٨٠) في ١٩٥٩/١٢/٣٠م.

٢٦- يوسف حسن حمد، أحكام العنين في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإسلامية، تصدر عن كلية الشريعة، جامعة تكريت، العدد (٩)، ٢٠١١م.

خامسًا: قرارات قضائية غير منشورة

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٣٤٤/ شخصية/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٨/١، غير منشور.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٨٩/شخصية/٢٠١٤ في ٢٠١٤/١/١٨، غير منشور.

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٩٣/ هيئة الأحوال الشخصية المواد الشخصية/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٢/١٨، غير منشور.

٤- قرار محكمة تمييز الاتحادية بالعدد ١١٢٨/شخصية/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٣/٦، غير منشور.

٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٢٣٠٣/هيئة الأحوال الشخصية المواد الشخصية/٢٠١٣ في٢٠١٣/٣/٢٦، غير منشور.

٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٧٢٦/هيئة الأحوال الشخصية والمواد المدنية/٢٠١٤، في ٢٠١٤/٢/١٩، غير منشور.

٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد١٣٥٣/شخصية/٢٠١٤في ٢٠١٤/٢/١٩، غير منشور.

٨- قرار محكمة الأحوال الشخصية في كربلاء، بالعدد ٧٢٣٤/ش/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٣/١١/٢٨، غير منشور.

سادسًا: المواقع الإلكترونية

1. http: //almanalmagazine

أحمد شوقي إبراهيم، زواج الأقارب، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني الخاص بمجلة المنال، قسم البحوث الدراسات.

2. http: //www.who.int/features/qa/71/ar

الإيدز والعدوى بفايروسه، مقالة منشوره على الموقع الإلكتروني الخاص بمنظمة الصحة العالمية.

3.http://www.assabah.press.ma/index.php?option=com_content&view=article&id=809: 2010-10-18-15-44-03&catid=1: cat-courrier&Itemid=580

جمال الخنوسي، التكنولوجيا الحديثة في خدمة الخائنين والخائنات، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني الخاص بموقع جريدة الصباح.

4. http: //www.iraqja.iq/view.943/

ضياء كاظم الكناني، دور الباحث الأجتماعي في الحد من ظاهرة الطلاق، مقالة منشورة على الموقع مجلس القضاء الأعلى العراقي.

5. http: //www.alfaqaha.net/home/art481.html

فيصل المشعل، التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق، مركز الفقاهة للدراسات والبحوث العلمية، العدد الرابع

عشر.

6. http: //www.dermatologyinfo.net/arabic/book2/subject/subject.htm

محمود حجازي، الأمراض التناسلية والجنسية، موقع الدكتور على شبكة الأنترنت، من قسم معلومات عامة

7.http: //www.iasj.net/iasj?uiLanguage=ar

الموقع الإلكتروني الخاص بالمجلات الأكاديمية العراقية.

8. http: //ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AC%D8%B1%D8%A8

الموقع الإلكتروني للموسوعة الحرة على شبكة الأنترنت ويكيبيديا.

9. http: //alkhoei.net/arabic/khlib/

الموقع الالكتروني لمؤسسة الإمام الخوئي الإسلامية، قسم المكتبة الإلكترونية.

10. http: //www.iraq.ild.org.

الموقع الخاص بقاعدة التشريعات العراقية.

11. http: //www.najah.edu/ar

الموقع الرسمي لجامعة النجاح الوطنية.

12. http: //library.iugaza.edu.ps

الموقع الرسمي للمكتبة المركزية– الجامعة الإسلامية بغزة.

سابعًا: القوانين

١. قانون حقوق العائلة اللبناني المطبق على الطائفة السنية في لبنان لسنة١٩١٧.

٢. قانون الاحوال الشخصية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩.

٣. قانون الاحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣.

٤. قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٥. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

٦. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

٧. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

٨. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

٩. قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

١٠. قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠.

١١. المسائل المنتخبة للسيد أبو القاسم الخوئي والمُطبقة على الطائفة الشيعية في لبنان.

فهرس الآيات

ت	الآيـــة	رقم الآية	رقم الصفحة
	سورة البقرة		
١.	﴿ولَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ...﴾	٢٣١	٧
٢.	﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	٢٣٣	٩
٣.	﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾	٢٨٠	١٣،١٢
٤.	﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾	٢٢٩	٩١،٧٠،٦٠،٢٧،١٥
٥.	﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِى عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ ...﴾	٢٢٨	٢٢،١
٦.	﴿تَخْتَانُونَ أَنفُسَكُمْ﴾	١٨٧	٣٥
٧.	﴿فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ..﴾	٢٢٢	٣٨
٨.	﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾	٢٨٦	٥٤
٩.	﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾	١٠٢	٥٤، ٦٠
١١.	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ..﴾	٢٣٦	١٢١
	سورة النساء		
١.	﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	١٩	٤٣،٢٢
٢.	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ .....﴾	٣٥	٢٦،٢٥،٢٤،٢٣
٣.	﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ ...﴾	٣٤	٤٤،٤٣
٤.	﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾	١٢٩	٧٠
٥.	﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ...﴾	٢٠	٩٢
٦.	﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾	٤	١٢١
٧.	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ...﴾	٢٩	١١٦
٨.	﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْض....﴾	٢١	١١٦

٩.	﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا... ﴾	٢٢	١٤٢،١٣٩
١٠.	﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ ...﴾	٢٣	١٣٩
سورة الأعراف			
١.	﴿أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنْ الْعَالَمِينَ﴾	٨٠	٣٨
٢.	﴿إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ ...﴾	٨١	٣٨
سورة النحل			
١.	﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ...﴾	١٠٦	١٣٧
سورة النور			
١.	﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾	٣٢	١٣٢
سورة الروم			
١.	﴿مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا...﴾	٢١	١٣١،٦١،٤٣،١
سورة الأحزاب			
١.	﴿إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ وَالْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ ...﴾	٣٥	٧٩
٢.	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ .....﴾	٢٨	٨٣،٨٢
٣.	﴿وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ..... ﴾	٢٩	٨٣،٨٢
٤.	﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ....﴾	٤	١٤١
٥.	﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ .....﴾	٥	١٤١
سورة الحجرات			
١.	﴿أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى ...﴾	١٤	١٣٢،١
سورة الطلاق			
١.	﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ...﴾	٧	١٣،٩
٢.	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾	٦	٩

فهرس الأحاديث

ت	الحديث الشريف	رقم الصفحة
١.	(إنما النساء شقائق الرجال)	١
٢.	(أَنْ تُطعمها إذا طَعِمْتَ، وتكسوها إذا اكتسيت..)	١٠
٣.	(لا ضَرَر ولا ضِرار)	٦٠،٧
٤.	(من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها..)	١٠
٥.	(غضب النبي محمد ﷺ على نسائه واعتزلهن..)	١٣
٦.	(إن أنفق عليها ما يقيم حياتها مع كسوة وإلا..)	١٥
٧.	(ن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة، وإلا فرق..)	١٥
٨.	(جاءه رجل وامرأة ومعهما جمع من الناس..)	٢٥
٩.	(ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرا الرجل والمرأة..)	٢٦
١٠.	(لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب..)	٣٦
١١.	(إنما يرد النكاح من البرص والجذام)	٥٩
١٢.	(في الرجل يتزوج إلى قوم فإذا امرأة عوراء ولم ..)	٦٠
١٣.	(أتريدين الرجوع إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي..)	٦٠
١٤.	(أن امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان)	٦٩
١٥.	(هي امرأته فلتصبر حتى يستبين موته أو طلاقه)	٦٩
١٦.	(ما سكتت وصبرت فخل عنها، وإن هي..)	٧٠
١٧.	(أيماه زوجها فلم تدرِ أين هو..)	٧١
١٨.	(فخيرهن رسول الله، فاخترن الله ورسوله والدار..)	٨٢
١٩.	(علم يا بني أن أصل التخيير هو أن الله ..)	٨٣
٢٠	(أن امرأة ثابت بن قيس قالت يا رسول الله..)	٩١
٢١.	(المُخَتلعاتُ هن المُنَافقاتُ)	٩٢

٢٢.	(اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)	٩٣
٢٣.	(إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به ..)	١٢٥
٢٤.	(إن الله رفع بالإسلام كل خسيسة..)	١٣١
٢٥.	(لافضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى)	١٣١
٢٦	(لا يحرم الحرام الحلال، إنما يحرم..)	١٤٢

فهرس الموضوعات

مقدِّمة ١
الفصل الأوَّل: البواعث التي تعطي المرأة حق المطالبة في حل الرابطة الزوجية ٧
المبحث الأوَّل: الأسباب الإرادية التي تعطي المرأة حق طلب حل الرابطة الزوجية ٨
المطلب الأوّل: الأسباب المادية (عدم الإنفاق) ٨
الفرع الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التفريق لعدم الإنفاق ١٢
الفرع الثاني: موقف قانون الأحوال الشخصية من التفريق لعدم الإنفاق ١٦
أوّلًا: إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يومًا. ١٧
ثانيًا: إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة. ١٨
ثالثًا: إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يومًا من قبل دائرة التنفيذ ١٩
المطلب الثاني: الأسباب المعنوية ٢١
الفرع الأول: الأسباب المباشرة ٢١
أوّلًا: استحالة استمرار الحياة الزوجية للضرر والشقاق ٢٢
ثانيًا: ارتكاب الزوج الخيانة الزوجية ٣٥
الفرع الثاني: الأسباب غير المباشرة ٣٩
أوّلًا: الغيبة الإرادية (الهجر) ٣٩
ثانيًا: مضي سنتين على قرار الحكم بالنشوز ٤٣
المبحث الثاني: الأسباب اللاإرادية التي تعطي المرأة حق طلب حل الرابطة الزوجية ٤٨
المطلب الأول: إصابة الزوج بعيب أو مرض يمنع مقاصد الزواج ٤٨
الفرع الأول: أنواع العيوب اللاإرادية التي تصيب الزوج ٥٠
الفرع الثاني: آراء الفقهاء وأدلتهم في حق الزوجة طلب التفريق بسبب العيوب والعلل ٥٤
أوّلًا: الاتجاه الأول: منع التفريق بين الزوجين مطلقًا ٥٤
ثانيًا: الاتجاه الثاني: جواز التفريق بسبب العيوب والعلل ٥٥
الفرع الثالث: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي ٦١
المطلب الثاني: غياب الزوج غيبة لاإرادية (لفقدانه أو سجنه) ٦٥

الفرع الأول: فقدان الزوج ٦٥
أوّلًا: تعريف المفقود ٦٦
ثانيًا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية ٦٧
ثالثًا: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي ٧١
الفرع الثاني: حبس الزوج ٧٣
أوّلًا: مفهوم الحبس ٧٤
ثانيًا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية ٧٤
ثالثًا: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي ٧٥
الفصل الثاني: الوسائل الشرعية التي تسمح للمرأة حل الرابطة الزوجية ٧٨
المبحث الأول: حق المرأة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق ٨٠
المطلب الأول: تفويض المرأة بتطليق نفسها ٨٠
الفرع الأول: معنى التفويض ٨١
الفرع الثاني: مشروعية التفويض ٨٢
الفرع الثالث: ألفاظ التفويض وأحكامه ٨٣
أوّلًا: الحنفية ٨٣
ثانيًا: المالكية ٨٥
ثالثًا: الشافعية ٨٦
رابعًا: الحنابلة ٨٦
خامسًا: الجعفرية. ٨٧
الفرع الرابع: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي ٨٨
المطلب الثاني: خلع المرأة لنفسها مقابل الاتفاق مع الزوج. ٩٠
الفرع الأول: معنى الخلع ٩٠
الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع شرعًا ٩١
الفرع الثالث: مقومات الفرقة الواقعة بالخلع ٩٣
أوّلًا: أركان الخلع ٩٣
ثانيًا: شروط الخلع ٩٤
الفرع الرابع : طبيعة الخلع وتكييفه الفقهي ١٠١
أوّلًا: الحنفية ١٠١

ثانيًّا: المالكية..... ١٠٢
ثالثًا: الشافعية ١٠٢
رابعًا: الحنابلة ١٠٣
خامسًا: الجعفرية ١٠٤
الفرع الخامس: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي..... ١٠٥
المبحث الثاني: حق المرأة حل الرابطة الزوجية عن طريق الفسخ..... ١٠٩
المطلب الأول: الفسخ لتدارك أمر اقترن بإنشاء العقد ١١٠
الفرع الأول: الفسخ بسبب عيوب الإرادة..... ١١٠
أوّلًا: الفسخ بخيار البلوغ والإفاقة..... ١١٠
ثانيًّا: الفسخ لإكراه الزوجة على الزواج..... ١١٦
الفرع الثاني: الفسخ بسبب غياب التوازن في عقد الزواج..... ١٢٠
أوّلًا: الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل ١٢٠
ثانيًّا: فسخ العقد لعدم الوفاء بالشرط..... ١٢٤
ثالثًا: الفسخ لعدم كفاءة الزوج ١٢٨
المطلب الثاني: الفسخ لحصول عارض يمنع بقاء النكاح ١٣٤
الفرع الأول: التفريق بسبب الردة وإباء الزوج الإسلام ١٣٥
أوّلًا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية..... ١٣٥
ثانياً: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي..... ١٣٧
الفرع الثاني: الفسخ لطروء حرمة المصاهرة ١٣٨
أوّلًا: فرق المحرمات بالمصاهرة في الشريعة الإسلامية ١٣٩
ثانيًّا: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي..... ١٤٤
الخاتمة..... ١٤٥
المصادر والمراجع ١٥٠
فهرس الآيات..... ١٦٥
فهرس الأحاديث ١٦٧
فهرس الموضوعات..... ١٧١